CLÁSSICOS DO DIREITO

ORGANIZADOR:

ÁLVARO LUIS DE A. S. CIARLINI

idp

Álvaro Luis de A. S. Ciarlini.

Clássicos do direito/ Álvaro Luis de A. S. Ciarlini (org.). Autores: Arthur de Oliveira Calaça Costa, Lenio Luiz Streck, Felipe Nogueira Fernandes, Alavaro Luis de A. S. Ciarlini, Mateus de Lima Costa Ribeiro– Brasília: IDP/EDB, 2016.

107p.

ISBN: 978-85-65604-91-8

1. Teoria do Direito. 2. Filosofia do Direito .

I. Título.II. Arthur de Oliveira Calaça Costa III. Lenio Luiz Streck IV. Felipe Nogueira Fernandes V. Alavaro Luis de A. S. Ciarlini, VI. Mateus de Lima Costa Ribeiro

CDD 001.4

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

O grupo Clássicos do Direito, vinculado ao Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, foi fundado no ano de 2012, e desde então tem estudado diversas perspectivas teóricas com o escopo de discutir problemas fundamentais relativos à Teoria Geral do Direito e à Jurisdição Constitucional.

No ano de 2015 -- o primeiro como grupo de pesquisa reconhecido pela CAPES --, foram discutidos tópicos relevantes, tendo sido assumida como marco teórico dos trabalhos a concepção teórica de Ronald Dworkin. Partindo do seu debate travado com Herbert Hart, nossas discussões perpassaram a superação da discricionariedade judicial como parâmetro de atuação do magistrado e do positivismo como ferramenta de análise do fenômeno jurídico para adentrar na perspectiva do juiz vinculado a princípios de moralidade institucional, com o escopo de, por fim, compreender as implicações dessa assertiva teórica em relação ao princípio democrático e ir em busca de novas possibilidades no paradigma da racionalidade destranscendentalizada sob a ótica de Jürgen Habermas.

O presente trabalho reúne artigos de autores que partilham das inquietações que orientam os trabalhos do grupo, bem como textos de membros integrantes do Clássicos do Direito que foram fruto das discussões realizadas quinzenalmente ao longo do último ano. Esperamos com essa publicação dividir com a comunidade jurídico-acadêmica os resultados colhidos ao longo deste período de estudos e reflexões e apresentar abordagens originais, bem como subsídio teórico, para a reflexão destes tópicos, tão caros ao estudo do Direito.

Boa leitura,

Alvaro Luis de Araujo Sales Ciarlini

Líder

Arthur de Oliveira Calaça Costa

Coordenador discente

Jurisdição constitucional e controle das decisões judiciais: uma crítica aos modelos de juízes[1]

Lenio Luiz Streck[2]

1. Introdução

Falar da responsabilidade política dos agentes públicos nunca foi uma tarefa fácil no Brasil. A predominância de posturas personalistas no domínio do Estado é um problema que ainda atinge o conjunto das instituições mesmo após a redemocratização. Clássicos do pensamento social já destacavam essa situação no momento de formação do Estado nacional, como foram os casos de Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro, Florestan Fernandes, etc. e, atualmente, também é destacada por autores que buscam compreender as limitações da democracia brasileira, como é o caso do ensaio *Imobilismo em movimento*, publicado por Marcos Nobre. Guardadas as especificidades históricas dos períodos analisados por cada autor e os aspectos metodológicos de seus respectivos trabalhos, após a leitura de todos eles permanece a sensação de que o velho personalismo resiste duramente à ampliação da democracia. Ou por acaso o pemedebismo de Nobre [3] não se aproxima do domínio estamental analisado por Faoro, em *Os donos do poder*? A elite política que aparece nos dois ensaios padece do mesmo vício: o velho personalismo de quem se apropria do espaço público como dono da República, por mais contraditório que isso possa parecer.

---

[1] Esse texto faz parte da produção desenvolvida pelo *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Em certa medida, parte dele foi publicado como coluna no ConJur (Senso Incomum).

[2] Doutor em Direito (UFSC). Pós-Doutor em Direito (FDUL). Membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor Titular da Unisinos e Unesa. Professor Visitante da Universidade Javeriana de Bogotá, Coimbra e Lisboa (PT). Advogado. E-mail: lenios@globomail.com

[3] Conceito aplicado por Nobre para explicar o funcionamento atual do sistema político brasileiro. Apesar do conceito fazer referência apenas ao PMDB, o autor destaca que o fenômeno do peemedebismo não se reduz somente a esta organização partidária, mas é utilizado em sua obra para explicar o funcionamento do sistema político brasileiro. Nesse sentido, ver: NOBRE, Marcos. *Imobilismo em movimento: da abertura democrática ao governo Dilma.* São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

Essa situação não é diferente no ambiente do Poder Judiciário. A sacralização da figura do magistrado e o culto à discricionariedade são duas faces de um mesmo fenômeno que insiste em se manifestar mesmo depois da Constituição de 1988, pois reforça a ideia de que os juízes estariam acima do próprio direito. Todo o esforço da sociedade para que o Poder Judiciário conquistasse autonomia funcional não deveria ser compreendido como uma abertura para que os juízes exercessem uma "liberdade" interpretativa sobre a Constituição. Para isso é importante que os magistrados percebam sua condição de servidores que devem decidir sempre por princípio e nunca por livre escolha.

Isso é condição essencial para o bom funcionamento de uma democracia. O cientista político estadunidense Francis Fukuyama defende que uma democracia liberal moderna depende da combinação de três fatores: um Estado bem organizado; a limitação do poder político por meio de um Estado de Direito; e a necessidade de responsabilidade política dos agentes públicos [4]. A ausência de uma ordem pública causa instabilidade política. A ausência de um Estado de Direito produz um Estado autoritário. E a falta de responsabilidade política dos agentes públicos causa insegurança jurídica. Nesse sentido, é possível situar a discricionariedade judicial como um problema de Estado de Direito (debilidade da limitação constitucional na atuação do Poder Judiciário) e, ao mesmo tempo, como uma grave ausência de responsabilidade política dos magistrados, já que estes acabam assumindo a condição de donos do Poder Judiciário e não o papel de servidores da República.

Dessa forma, o presente artigo pretende analisar os desafios atuais dos juristas no enfrentamento da discricionariedade judicial, já que a recepção equivocada de trabalhos mais descritivos, que buscam apenas traçar os vários perfis de juízes, como é o caso da obra mais recente de Cass Sunstein, podem colaborar para encobrir ainda mais o fenômeno do ativismo judicial. Por isso, mais do que estabelecer perfis de como os juízes decidem, a teoria do direito deve enfrentar, de maneira urgente, o problema de como os juízes devem decidir. Em um país onde o domínio personalista das instituições públicas tem se mostrado tão forte ao longo da história, o problema da discricionariedade judicial corre o risco de cair no esquecimento caso os perfis organizados por

---

[4] FUKUYAMA, Francis. *As origens da ordem política: dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa.* Rio de Janeiro: Rocco, 2013.

Sunstein sejam recepcionados sem a real dimensão de suas próprias limitações enquanto pressupostos metodológicos para a compreensão da realidade brasileira.

2. Os perfis de juízes na obra de Cass Sunstein

Recentemente, os professores Mario Cesar Andrade (UFRRJ), Siddharta Legale (UFJF), Margarida Lacombe (UFRJ) e José Ribas Viera (UFRJ), de forma desprendida, demonstram a função social da Universidade pública, ao trazerem a lume a nova obra de Cass R. Sunstein.5 Além de louvar o trabalho dos professores, gostaria de propor uma discussão a partir dos aportes teóricos da Crítica Hermenêutica do Direito (que venho defendendo há anos), levando mais adiante ainda a boa nova da nova obra do jusfilósofo norte-americano, *Constitutional Personae*.[6]

Na obra, Sunstein traça o perfil dos juízes da *US Supreme Court* a partir da posição que assumem nos julgamentos. Os perfis, que me permito chamar também de modelos, como já o fizera há tantos anos François Ost (Júpiter, Hermes e Hércules)[7], claro que sob outra perspectiva, aliás criticada

---

[5] Em recente coluna publicada em um site jurídico, os professores **Mario Cesar, Siddharta Legale, Margarida Lacombe e Jose Ribas** apresentaram o livro *Constitutional Personae*, do jurista estadunidense Cass Sunstein. A coluna fala dos quatro tipos ideais de juízes construídos por Sunstein: os juízes heróis, soldados, mudos e minimalistas. São categorias que não existem em absoluto na realidade cotidiana – no mesmo sentido dos tipos ideais de Max Weber –, mas têm a pretensão de melhor analisar as decisões prolatadas pelo Poder Judiciário a partir do comportamento predominante dos juízes. Para uma melhor análise da coluna, ver: *Juízes como heróis, soldados, mudos ou... minimalistas.* Disponível em: http://jota.info/juizes-como-herois-soldados-mudos-ou-minimalistas. Acessado em: 29/11/2015.

[6] SUSTEIN, Cass*. Constitutional Personae*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015.

[7] Uma discussão que atravessa os anos institucionalizou os modelos de juiz, como sendo Júpiter, Hércules, Hermes, a partir de um conhecido texto de François Ost, em que o professor belga propõe uma espécie de juiz pós-moderno-sistêmico (Hermes) que atuaria em rede e superaria, com grande vantagem, os "modelos anteriores". Com efeito, para Ost, basicamente a teoria do direito trabalha com dois modelos de juiz, que também simboliza(ria)m "modelos de direito" (Júpiter e Hércules). Consequentemente, simbolizaram também os modelos de jurisdição. O primeiro representaria o modelo liberal-legal, de feição piramidal-dedutivo, isto é, sempre dito a partir do alto, de algum "Monte Sinai"; esse direito adota a forma de lei e se expressa em forma de imperativo, vindo a ser representado pelas tábuas da lei ou códigos e as Constituições modernas, sendo que dessa parametricidade é que são deduzidas as decisões particulares. Já o modelo herculeano está sustentado na figura do juiz, que seria a

por mim a partir de dez pontos[8], são os seguintes: os heróis (*heroes*), os soldados (*soldiers*), os minimalistas (*minimalists*) e os mudos (*mutes*).

Para o autor, os heróis “can be considered ‘activist’ in the distinctive sense that they are willing to use the Constitution to strike down acts of Congress and of state legislatures”. [9] Ou seja, fazendo uma tradução literal “todos os Heróis podem ser considerados ‘ativistas’ no sentido peculiar de que eles estão dispostos a usar a Constituição para derrubar os atos do Congresso e das legislaturas estaduais”. Eles pensam que podem direcionar a sociedade e seus anseios via decisões judiciais. Para eles, o poder judiciário pode ser a vanguarda (iluminista? – inserção minha) do país, corrigindo o marasmo ou inércia dos demais Poderes. Heróis e ativismo judicial passam a ser duas faces da mesma moeda, com licença poético-jurídica de minha parte. [10]

Já os soldados caracterizam-se por maior deferência ao processo político, entendendo como seu dever promover a concretização das normas produzidas pelos poderes politicamente legitimados. Os juízes soldados querem concretizar a Constituição, leis e atos governamentais como quem dá cumprimento a ordens superiores, entendendo não lhes competir a redefinição das valorações presentes em tais ordens.[11]

única fonte do direito válido. Trata-se de uma pirâmide invertida, no dizer de Ost. Como contraponto, Ost apresenta um *tertius genus*, o juiz Hermes, que adota a forma de rede; nem um polo, nem dois, isto é, nem a pirâmide e nem um funil, e tampouco a superposição dos dois, senão uma multiplicidade de pontos de inter-relação. Nesse sentido, ver: OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: *Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho*, n. 14, Alicante, 1993.

[8] Na sequência, o conteúdo de minha crítica será explicitado. STRECK, Lenio Luiz. O (Pós-) Positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan. /jun. 2010. Texto publicado em quatro línguas.

[9] SUSTEIN, Cass. *Constitutional Personae*, op. cit. *Chapter one, Heroes*. Páginas não especificadas, pois o acesso à obra se deu via formato *epub*.

[10] Aqui, permito-me remeter o leitor à minha obra *Verdade e Consenso* (5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014), na qual apresento o conceito de ativismo judicial a partir da Crítica Hermenêutica do Direito. No livro, faço uma distinção entre ativismo e judicialização da política, compreendendo o primeiro como um ato de vontade do julgador, como uma escolha pautada por critérios não jurídicos.

[11] No original: “At the opposite pole from Heroes are Soldiers, who argue in favor of following orders. The defining feature of judicial Soldier is a willingness to defer to the wills of his superiors, typically understood as the political branches of government”. SUSTEIN, Cass. *Constitutional Personae*, op. cit. *Chapter one, Soldiers*.

Quanto aos minimalistas, Sunstein afirma que esses assumem uma postura essencialmente cautelosa. Sob a alegação de um dever de prudência, eles procuram evitar intervenções intensas ou abrangentes, privilegiando as práticas e tradições socialmente sedimentadas. Nesse sentido, os minimalistas preferem atuações mais centradas nos casos sob julgamento, receando da produção de repercussões potencialmente perturbadoras do processo sociopolítico, cujo ritmo próprio de maturação deve ser respeitado.[12]

O quarto perfil é o dos mudos, que, como o nome diz, resignam-se e mantêm silêncio diante dos *hard cases* e das controvérsias que envolvam posicionamentos mais sensíveis. Repetem a jurisprudência já existente, evitando alterações na cadeia discursiva, por assim dizer.[13]

No terreno hermenêutico, uma decisão será produto do campo de batalha entre esses perfis. Por isso, os EUA possuem as diversas "Cortes", como a comandada por Warren, que é considerada na obra como uma Corte heroica: "Because of its effects in invalidating racial segregation, *Brown v. Board of Education* is the iconic heroic decision, and its author, Chief Justice Earl Warren, is the iconic heroic judge".[14]

Dentre os perfis apresentados, Sunstein afirma preferir o minimalista, conservador e respeitante das tradições, um *tipo-ideal-a-la-Edmund-Burke*. Entretanto, reconhece que tradições podem ser injustas (inautênticas, na minha leitura hermenêutica). Por isso, Sunstein considera a *personae* burkeana adequada para a decisão sobre temas institucionais como separação de poderes e federalismo, mas devendo ser relativizada para casos envolvendo o direito de igualdade. O juiz minimalista não é nem um exegeta (convencionalista?) e nem um ativista. Fica entre os perfis de herói e de soldado.

---

[12] No original: "Some judges are neither Heroes nor Soldiers, but Minimalists, in the sense that they favor small, cautious steps, building incrementally on the decisions and practices of the past. Unlike Heroes, who celebrate ambitious accounts of liberty and equality or of the Constitution's structural provisions, those who adopt the minimalist Persona emphasize the limits of large-scale theories". SUSTEIN, Cass. *Constitutional Personae*, op. cit. *Chapter one, Minimalists*.

[13] No original: "While Minimalists favor narrow and unambitious rulings, Mutes prefer to say nothing at all. […] For example, Mutes are drawn to the important and time-honored strategy of 'constitutional avoidance', by which justices resolve cases without deciding constitutional questions". SUSTEIN, Cass. *Constitutional Personae*, op. cit. *Chapter one, Mutes*.

[14] Na tradução livre: "Devido aos efeitos da invalidação da segregação racial, *Brown v. Board of Education* é a típica decisão heróica, e seu autor, Juiz Earl Warren, é típico Juiz Herói". SUSTEIN, Cass. *Constitutional Personae*, op. cit. *Chapter one, Heroes*.

Uma questão importante – ressalvada por Sunstein – é que os perfis não são estanques, variando de acordo com a matéria. Já eu me permitiria a acrescentar que tais perfis não são ativados "por princípio" e, sim, ideológica e subjetivamente, seja em razão da matéria, seja em função do impacto da decisão a ser produzido. E é neste aspecto que começa a minha divergência com a "questão dos perfis". Todavia, é neste ponto que pode ocorrer, com os devidos cuidados, uma analogia com o que ocorre no Brasil, onde um dia um juiz é herói e no outro é soldado, sendo que, por vezes, atua como minimalista... Mas quando a matéria é muito conturbada e a temática entrar em uma zona gris, o magistrado opta pela *personae* muda. Aqui chegamos ao perigoso paradoxo de termos um perfil herói-mudo, em um mix por vezes inexplicável.

Por tudo isso, temo pela aplicação da tese de Sunstein por aqui. Como explicarei mais adiante, parece-me inadequada uma "transplantação" pelo risco que pode representar uma aplicação "estatística", gerando uma explicação distorcida da crise do direito brasileiro. Assim, à pergunta se a análise de Sunstein é boa para o nosso direito, diria que há duas respostas. Sim, se você se contenta com o modelo epistemológico que coloca como objeto a análise do que já passou e tem um olhar pessimista sobre as possibilidades de criar critérios que controlem as decisões; não, se compreende a necessidade de que, mediante critérios e uma teoria decisional, é possível influenciar e controlar antes as decisões, reforçando o papel da doutrina e não repristinando concepções realistas sobre o direito.

3. É possível fixar ou determinar perfis/modelos de juízes?

No ano de 2007, em resposta ao artigo já referido de François Ost, publiquei uma crítica aos modelos de juízes. Penso que, examinada à luz da hermenêutica filosófica, assim como a partir das diversas teorias do direito surgidas no século XX, a tese de Ost merece uma série de objeções, não tanto na parte em que propõe o Hermes como solução (que, a toda evidência, apresenta aspectos de grande relevância), mas, fundamentalmente, em relação às críticas ao "modelo herculeano".

Assim, em primeiro lugar, a objeção decorre do fato de haver um excessivo esforço em enquadrar o "modelo herculeano" no modelo de direito do Estado Social, colocando-o como uma antítese do juiz que caracterizaria o modelo de Estado Liberal (o modelo jupteriano), como se o modelo do "juiz do estado Liberal" fosse o juiz do positivismo primitivo (fase exegética do positivismo) e o segundo fosse o do modelo que simplesmente supera esse modelo, ou seja, no primeiro o "juiz seria a boca da lei" e seu superador seria o "juiz que faz a lei"...! Como veremos, isso constitui um equívoco.

A objeção seguinte decorre do fato de Ost não levar em conta que o juiz Hércules é uma metáfora e que representa exatamente o contrário do que sua tese pretende denunciar, isto é, Hércules definitivamente não é a encarnação do "juiz/sujeito-solipsista", mas sim, é a antítese do juiz discricionário, este sim refém da filosofia da consciência (essa discussão, lamentavelmente, não aparece no texto, talvez porque a atuação de Hermes "em rede" supere, na tese de Ost, o "sujeito da relação").

Como terceira objeção, a tese peca também porque tudo aquilo que Ost aponta como missões do Hércules "assistencialista" conciliar as economias familiares em crises; dirigir as empresas em dificuldades evitando, se possível, a quebra; julgar se corresponde ao interesse da criança ser reconhecido pelo seu pai natural, quando a mãe se opõe – art. 319.3 do Código Civil da Bélgica; apreciar se a interrupção voluntária da gravidez pode ser justificada pelo "estado de angústia" da mulher grávida – art. 348 e seguintes do Código Penal belga; intervir efetivamente em conflitos coletivos de trabalho e decidir, em procedimentos de urgência, se a greve dos pilotos da companhia de aviação nacional, prevista para o dia seguinte às seis horas, é lícita ou não; julgar se o aumento de capital decidido com o objetivo de opor-se a uma oferta pública de compra de uma holding, cuja carteira de ações representa um terço da economia do país, está em conformidade com a lei; ou, ainda, impor sanções a trabalhadores e empresas que ameaçam o equilíbrio ecológico") também pode ser feito sem que o juiz ou o tribunal pratique decisionismos ou arbitrariedades (ou assistencialismos), ou seja, Ost esquece que a coerência e a integridade – própria do modelo dworkiano – constituem-se em blindagem contra aquilo que Ost acredita ser característica do modelo herculeano.

Na sequência, em quarto lugar, Ost não comenta os efeitos colaterais e as consequências para o próprio constitucionalismo de um “não intervencionismo” do judiciário (ou justiça constitucional) para atender os pleitos sobre direitos fundamentais (e os exemplos tratam das mais variadas formas de violação de direitos).

Em quinto lugar, ao dizer que, “na gestão do juiz Hércules”, a generalidade e a abstração da lei dão lugar à singularidade e à concretude do juízo, o professor belga passa a impressão de que, mesmo nesta quadra do tempo, ainda vivemos sob a égide do velho modelo de regras, como se não tivesse ocorrido a revolução copernicana do neoconstitucionalismo (ou, se houve alguma ruptura, essa fica, na opinião de Ost, reduzida ao modelo de direito do estado Social). Ao que tudo indica, para ele, os princípios não são “os princípios” que institucionalizaram stricto sensu a moral no direito (o ideal de vida boa, o “bom direito”) a partir da produção democrática (Constituições compromissórias e dirigentes), não havendo sinais, na aludida tese, sobre o papel da moral no Estado Democrático de Direito. Ao contrário, as indicações da tese de Ost, no particular, são de que os princípios são aqueles “gerais do direito”, que têm a função de otimizar a interpretação, fechando e abrindo, autopoieticamente, o sistema jurídico.

Isso leva à sexta objeção, representada pelo reducionismo que o autor pretende fazer dos modelos de direito e de juiz. Com efeito, o que fazer com o juiz “ponderador” de Alexy, que, nos “casos difíceis” - não solucionáveis por subsunção - apela para um sopesamento entre os princípios que estão em colisão? E os juízes analíticos, característicos de modelos metodológicos apresentados por Áurnio e MacCormick, para citar apenas estes? E qual o papel do juiz exsurgente da teoria do discurso desenvolvido por Habermas (1992)?

O sétimo ponto de discórdia diz com o fato de que a tese de Ost ignora (passa ao largo) (d)o paradigma do Estado Democrático de Direito, entendido como um plus normativo e qualitativo superador dos modelos de direito liberal e social, circunstância que faz com que não leve em conta o papel do constitucionalismo enquanto rompimento com o positivismo e o modelo de regras; prova disso é a observação que faz, baseado em texto de 1990, de André Jean Arnaud (1990) de que “filósofos, teóricos e sociólogos se esforçam

atualmente para substituir o direito rígido, fundado sobre a toda poderosa lei, por um direito flexível que toma em conta o relativismo, o pluralismo e o pragmatismo característicos da época pós-moderna", como se a teoria do direito não tivesse avançado para (muito) além desse debate acerca da superação do "modelo do direito rígido fundado na toda poderosa lei" e a dicotomia "monismo-pluralismo". Veja-se que o próprio Ost diz que "ao monismo haver-se-ia de opor, não a dispersão, mas sim, o pluralismo, o absolutismo binário permissão-proibição, válido-não válido, haveria que substituir pelo relativismo e o gradualismo, que não se transforma, por isso, em ceticismo".

A oitava divergência se instaura porque a tese de Ost passa ao largo do enfrentamento entre positivismo e constitucionalismo e, consequentemente, da superação do modelo subsuntivo e da distinção (não lógico-estrutural, é claro) entre regra e princípio. E tal circunstância não pode escapar de qualquer discussão acerca do direito nesta quadra da história.

Nono, porque, ao propor o modelo de Hermes como um avanço em relação ao convencionalismo de Júpiter e ao "invencionismo" de Hércules, isto é, ao afirmar que o seu juiz Hermes respeita o caráter hermenêutico ou reflexivo do raciocínio jurídico, que, portanto, não se reduz nem à imposição e nem à simples determinação anterior, o Hermes de Ost acaba sendo, paradoxalmente, o Hércules de Dworkin (obviamente na leitura que Ost faz do Hércules dworkiniano). Do mesmo modo, ao dizer que as fronteiras que separam o sistema e seu meio ambiente não deixam de ser móveis e paradoxais, como se os limites do direito e do não direito fossem reversíveis, Ost faz concessões ao Hércules que ele mesmo critica (afinal, como ele mesmo diz, um jogo, como o direito, é sempre, ao mesmo tempo, algo mais que ele mesmo, apesar dos esforços desenvolvidos para uniformizar seu funcionamento e pormenorizar seus dados).

Por fim, em décimo lugar, em relação à crítica de Ost de que, afora o fato de que tanto o modelo jupiteriano como o modelo herculeano estão em crise, "eles apenas oferecem representações empobrecidas da situação que pretendiam descrever em sua época", lembro que não se pode cair em idealizações ou idealismos, como se fosse possível ignorar que o paradigma do Estado Democrático de Direito e o tipo de constitucionalismo instituído em

grande parte dos países após o segundo pós-guerra aumentou sobremodo a demanda pela intervenção do poder judiciário (ou da justiça constitucional, na forma de Tribunais Constitucionais). Ora, isso apenas implica reconhecer que é inexorável que "alguém decida", até para não transformar a Constituição em uma "mera folha de papel".

Retornando a esse tema, agora sob a perspectiva de análise da obra de Cass Sunstein, não sei se a aplicação da tese dos quatro perfis de juízes resolveria problemas em um sistema fragmentado e ainda dependente da subjetividade, enfim, da posição pessoal-ideológica do juiz. Afinal, embora parcela da comunidade jurídica não goste de admitir, continuamos reféns do paradigma da subjetividade, facilmente constatável no instrumentalismo processual, pela ênfase ao protagonismo judicial e pela crença nos livres convencimentos. [15]

Uma das grandes questões que se coloca é: avançaríamos se disséssemos que a recente decisão do STF na ADPF 347[16], admitindo a tese do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), é a perfectibilização do perfil persona herói? Ou seria apenas um "oportunismo" para legitimar posturas ativistas? Não podemos esquecer que, com o tempo, a simples evocação do ECI será motivo para que se reconheça qualquer tipo de demanda por inconstitucionalidade ao Judiciário. Dessa forma o STF corre o risco de se envolver num terreno pantanoso e arranhar a sua própria imagem. Isto porque, ao que se pode depreender da tese do ECI e da decisão do STF, fica-se em face de *uma espécie de substabelecimento auditado pelo Judiciário*. A questão é: por que a Teoria do Direito tem de girar em torno do ativismo? Para além de criar

---

[15] Para tanto, vejam a crítica presente no meu *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Nessa edição, já está presente a análise que faço no novo CPC.

[16] Em 2015 o PSOL ingressou com a ADPF no STF para que a Corte reconhecesse a precariedade do sistema penitenciário brasileiro, já que este constantemente tem violado preceitos fundamentais da Constituição Federal e, em especial, os direitos fundamentais dos presos. A ADPF requeria que a Corte determinasse à União e aos Estados que tomassem todas as medidas necessárias para o saneamento das constantes violações desses direitos. Na petição inicial, sustentou-se que o sistema penitenciário se encontra em "Estado de Coisas Inconstitucional". O STF recepcionou o instituo jurídico aplicado pela Corte colombiana e, portanto, assumiu uma postura ativista diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo frente ao gravíssimo problema do sistema carcerário. Ou seja, se os Poderes Executivo e Legislativo não resolvem a situação, o Poder Judiciário se encarrega de enfrentá-la por meios voluntaristas. Uma atitude complicada quando se espera uma atuação judicial longe de qualquer tipo de discricionariedade.

álibis para que o Judiciário atue de modo extrajurídico, porque não perguntar quais direitos e procedimentos jurídicos e políticos (bem demarcadas uma coisa e outra) a Constituição estabelece? Aparentemente, a solução sempre é buscada pela via judicial, mas fora do direito, *apelando em algum momento para a discricionariedade dos juízes e/ou o seu olhar político e moral sobre a sociedade.* Só que isso, paradoxalmente, fragiliza o direito em sua autonomia. É por isso que a decisão judicial não pode ser por escolha. Caso contrário, de nada adiantaria motivação, diálogo e procedimentalização se ela for tomada sempre de modo discricionário. [17]

Contudo, provavelmente alguém apareceria para dizer que esse julgamento se enquadra no perfil "herói". E aí cairíamos, antes de começar, no velho aguilhão semântico[18]. De minha parte, travo já de há muito uma batalha contra esse quadro ativista. E isso me preocupa. E muito. Mostrei, em diversas oportunidades[19], o problema do ativismo e o atendimento de "demandas sociais" pela suprema Corte. Listei uma série de decisões que, no modelo de tipos ideais de Sunstein, podem ser enquadradas como "persona herói", como julgamentos políticos no sentido de que os resultados dos julgamentos por vezes atenderam reivindicações dos mais diversos setores da sociedade: nações indígenas, cotas raciais, uniões homoafetivas, causas feministas que forma buscar punitivismos no caso da Lei Maria da Penha, questões ligadas aos embriões e células tronco, governadores envolvidos em guerra fiscal, reivindicações de prestação de saúde via judicialização, moralização das eleições (ficha limpa); até o parlamento saiu-se bem, pois conseguiu validar quase 500 medidas provisórias convertidas em lei em flagrante violação aos parágrafos 5º

---

[17] Nesse sentido, ver: *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo.* Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo#_ftnref6. Acessado em: 29/11/2015.

[18] Sobre a questão do aguilhão semântico: temos de ter cuidado com aquilo que Ronald Dworkin denomina de aguilhão semântico, questão que Franciso José Borges Motta vem trabalhando há algum tempo, a partir de uma imersão na obra de Dworkin. Quando se lida com o Direito, lida-se com conceitos interpretativos (cuja definição envolve valor e responsabilidade) e não meramente criteriais. Não se quer definir com quantos reais se faz um necessitado; mas, isto sim, reconstruir o sentido de necessitado de um modo coerente com as demais disposições constitucionais (que criam a Defensoria Pública, dotam-lhe de determinados poderes e missão etc.), observados os limites semânticos do texto. Sobre limites semânticos, ver Streck, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 5. ed. São Paulo: RT, 2014, em especial o 6º. Capítulo.

[19] Para uma análise mais detalhada, ver: O Supremo, o contramajoritarismo e o "pomo de ouro". Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro. Acessado em: 29/11/2015.

e 9º do artigo 62 da Constituição, graças a uma modulação de efeitos concedida pelo STF... E assim por diante.

As decisões estiveram teleologicamente corretas? Principiológicamente incorretas (algumas)? Aí é que está o problema. Julgamentos não devem ser teleológicos, como venho dizendo de há muito e não reprisarei os argumentos[20]. Veja-se, agora, a descriminalização das drogas, matéria legislativa e que o STF aceita decidir. Observe-se também a recentíssima decisão sobre o remédio não testado para tratamento de câncer. E assim por diante (não importa, aqui, se esses “demais poderes” “mereceram” essa invasão ou não, em face de suas inércias). Talvez o grande problema esteja na distinção entre judicialização e ativismo, que poderia/deveria “segurar um pouco” a *personae* herói, dando-lhe boas pitadas da *personae* minimalista.

Como tipos ideais, admito que a ausência de regra para apreciação de habeas corpus (o utente tem de torcer para que o writ seja não conhecido e ser concedido de forma discricionária) pode estar denunciando a presença em demasia do perfil *personae* muda. Agora mesmo na decisão sobre a permissão da entrada em domicílios sob suspeita de crime permanente, há indícios fortes da persona soldado (sem qualquer trocadilho ou ironia). Já no caso Donadon (MS 32.326)[21], sobressaiu-se o perfil herói, que se manifestou –

---

[20]Decidir por princípio significa não ser consequencialista nos moldes da análise econômica do direito (AED) ou da análise moralista do direito (AMD). Juízes devem decidir com responsabilidade política. Não para agradar alguém; não para aliviar a própria consciência; não para moralizar o direito. Juiz não constrói leis; segue padrões interpretativos. Doa a quem doer. Para isso é bem pago e tem garantias. Contra tudo e contra todos, se o direito do réu existe e está comprovado, deve conceder o habeas corpus ou absolver, mesmo que, internamente, pense que o acusado deva ser condenado. Nesse sentido, ver: *O que é decidir por princípios? A diferença entre a vida e a morte*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte. Acessado em: 29/11/2015.

[21] Nesse caso o STF primeiramente ratificou a prerrogativa do Congresso ter a última palavra na cassação (perda do mandato) de mandatos de parlamentares condenados à pena de prisão. Contudo, quando dias depois, a Câmara, acreditando que pudesse de fato exercer essa faculdade, deixou de cassar um deputado condenado ao regime fechado, o mesmo STF decidiu que a Câmara não se houve bem. De acordo com a argumentação do ministro Barroso, o Congresso poderia até não cassar, mas, quando a pena inviabiliza o mandato, a moral da nação exige que se construa um argumento para evitar isso. Logo, criou, a partir de argumentos metajuridicos, uma hipótese nova no ordenamento. Ou seja: o STF, em nome de argumentos morais, legislou. Como superego (*Über-Ich*) da nação (utilizo a expressão de Ingeborg Maus), o ministro relator arvorou-se no direito de corrigir não somente a atitude do Congresso, mas, também, a própria Constituição. Reescreveu a Constituição, dizendo, em outras palavras, que toda a perda do mandato de um parlamentar condenado à prisão não é automática. Nesse sentido, ver: *O Supremo não é o guardião da moral da nação.* Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao. Acessado em: 29/11/2015.

monocraticamente, é verdade – para contrariar a decisão anterior (tomada majoritariamente) a partir de uma postura (correta) que, ao meu ver, pode ser tida como soldado-minimalista, pela qual quem deve cassar mandatos é o parlamento. Pois o perfil herói acabou puxando – de forma equivocada – para o STF a prerrogativa de cassação do mandato naquele caso. O *modus operandi* do juiz Sergio Moro é, esculpido em carrara, o *personae* herói (respondo uma pergunta que viria, à toda evidência).

Dá para acreditar em perfis? Ou isso enfraquece o papel da doutrina? Mas, perguntou-me um aluno, qual seria o melhor perfil ou aquele que se mostraria adequado para o direito de *terrae brasilis*? Minha resposta: nenhum deles. Sob a mira de uma arma, tendo que escolher à força, escolheria o minimalista. Não porque Sunstein ligasse o minimalista a Burke, todavia crítico dos avanços da Revolução Francesa, é claro. Mas não é disso que tratam minhas teses e meus livros.

Temo que os perfis formatados por Sunstein sejam utilizados para fazer estatísticas com números tirados dos sites dos tribunais, o que, muitas vezes, mais encobre do que revela. Penso que devemos recepcionar a tese com muito cuidado. Corre-se o risco de ser mais uma de tantas pesquisas de perfil realista, preocupada em descobrir como os juízes decidem depois que já decidiram e não como eles devem decidir. Sempre o fantasma do velho realismo a nos assombrar.

Há o sério risco de se deslocar as pesquisas para o vértice "decisão", dando ênfase a um agir estratégico, como, por exemplo, preocupar-se com o que os juízes vestem, comem, votam etc., e dali tirar um perfil da persona, como se isso importasse (ou melhor, como se isso fosse condição de possibilidade) para se compreender como um tribunal deve julgar os recursos que a ele são interpostos.

Lembro-me do julgamento do mensalão e professores falando até da alimentação dos ministros.[22] Se o direito é isso, ou seja, se acreditamos que o

[22] Se o almoço, traumas, intuições ou ideologias são fatores decisivos na sentença, passemos a escrever livros sobre estratégias de convencimento ou sobre "como devem se alimentar os magistrados". Para ser mais claro: se a democracia depender de situações como alimentação e circunstâncias pessoais do julgador, então teremos que parar de estudar mesmo. Sim, porque estaremos confessando que somos reféns de um paradigma ultrapassado como a filosofia da consciência (e/ou de suas inúmeras vulgatas voluntaristas).

direito é, ao fim e ao cabo, o que os juízes dizem que é, então só nos resta torcer para que nossa causa caia na mão daquele cujo perfil não seja contrário à causa que defendemos. Ou seja, um fatalismo tipo "já que não conseguimos controlar epistemicamente os juízes, contentemo-nos em traçar boas estratégias"... Agir como um vidente do passado, o que é um problema por aqui, porque, em Pindorama, nem as previsões sobre o passado são confiáveis. Em outras palavras: corre-se o risco de apostar mais nas estratégias (jogo) do que na teoria, algo como "calculo, estatisticamente, como vêm decidindo e 'me enquadro'". Resultado da partida: goleada. Agir estratégico 10x0 teoria do direito.

Por isso, a variável "*personae* dos juízes" não deve assumir esse patamar dado por Sunstein e certa sociologia jurídica. Talvez seja por isso que Sunstein, equivocadamente, classifique Dworkin como um "juiz herói", pela leitura forçada que faz de outro suposto modelo, o juiz Hércules, quando este, na verdade, nada mais era do que a própria metáfora da exigência normativa de que as decisões judiciais sejam corretas, a partir da coerência e da integridade.

Vale dizer, Hércules funciona como um arquétipo para descrever de que modo é possível afirmar uma teoria dos direitos. A questão aqui passa por uma diferença entre o "que" e o "como", ou seja, mais do que simplesmente descrever de que modo os variados tipos de juízes se comportam quando exaram suas decisões, importa saber "como" devem se comportar quando examinam o direito com responsabilidade política. Esse "como" depende da observação de certos aspectos que vão além de um mero traço de personalidade ou inclinação subjetiva. Depende de uma concepção abrangente do direito que seja construída a partir do conjunto de princípios que incorporam a moralidade da comunidade política. Ou seja, há sempre algo "não empírico" que escapa dessa análise comportamental pretensamente "objetiva". E é justamente esse "algo mais" que faz toda a diferença.

De todo modo, registre-se que o próprio Sunstein alerta para o fato de que seus perfis devem ser analisados ao lado de outros componentes, como o

---

Ou os paradigmas filosóficos não servem para nada? Se o sentido da lei depender da subjetividade de alguém é porque é ela mesma, a lei, ao fim e ao cabo, dispensável, despicienda. Nesse sentido, ver: Juiz com fome ou que almoçou mal deve julgar nossas causas? Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-jun-05/juiz-fome-ou-almocou-mal-julgar-nossas-causas. Acessado em: 29/11/2015.

modo como os juízes votam (modelo seriatim, como no Brasil) e/ou a exigência ou não de unanimidade, com discussão antes do veredicto. Entretanto – permito-me dizer – tudo isso parece torcer pela vitória de certo tipo de sociologia, que sempre corre o risco de ser por demais "profeta do que já passou" e por vezes até mesmo banal, ao pretender fazer com que a doutrina perca seu papel crítico próprio, que é o de também zelar pela racionalidade do direito, retroalimentando argumentativamente os debates jurídicos de uma "sociedade aberta de intérpretes da Constituição".

4. Considerações finais

Para quem quiser se empolgar com os perfis e sair por aí fazendo classificações, deixemos Sunstein falar: "We have seen that as a matter of principle, it makes no sense to adopt a particular Persona for all occasions, and indeed few people do so. The right persona is a product of a right theory of interpretation". [23] Isto é, em uma tradução livre: "por uma questão de princípio, não faz sentido adotar uma Persona particular para todas as ocasiões, e de fato poucas pessoas fazem isso. A Persona certa é um produto de uma teoria certa da interpretação".

No fundo, contra o perigo de "sociologizarmos" em demasia o direito, sobretudo, diante de uma realidade institucional e complexa, como a de um Estado Democrático de Direito, cujas exigências de princípio escapam a todo maniqueísmo, à doutrina nunca deverá restar apenas a tarefa de descrever, como um quadro comparativo, as decisões de cada um dos supostos tipos ou categorias de juízes, e de apostar, como em um jogo de cartas marcadas, o modo como esses mesmo juízes, pela própria teoria caricaturizados (alerto apenas para esse risco), uma vez incrivelmente descolados de toda uma história institucional mais complexa do que inutilmente a própria classificação seria capaz de abarcar, irão decidir daqui para frente.

O direito deve ter um grau de autonomia. Deve-se resguardar dos predadores endógenos e exógenos. A subjetividade descontrolada é um predador endógeno. A política e a moral são perigosos fatores exógenos. Se ficar

---

[23] SUSTEIN, Cass. *Constitutional Personae*, op. cit. Closing Words, Rules of Attraction.

dependente de posições pessoais ou de "encaixes em perfis" – que, por acaso, podem variar exatamente em face da subjetividade de seus protagonistas – o (direito do) país coloca em sério risco as suas possibilidades de construir teorias próprias ou teorias que sirvam para criar previsibilidade. Imaginemos o exemplo de uma ADI absolutamente impactante, em que o placar esteja em 5x5; o último a votar é visto (enquadrado) pela comunidade jurídica como minimalista, mas como o caso trata de uma questão religiosa, ele se transmuda para o perfil "herói". Ou quando todos esperam um voto heroico e dali sai um voto mudo? De que adiantou a pesquisa empírica sobre os perfis, em um caso destes? Afinal, se um perfil se manifesta de forma ad hoc, é ele, ainda, um perfil?

Por isso, embora louvando a preocupação de juristas da cepa como Sunstein e de tantos outros aqui do Brasil preocupados com essa problemática do tipo "afinal, como os juízes decidem", prefiro continuar a apostar em um vetor de racionalidade estruturante, que vem antes de analises apofânticas e/ou sociológicas. Mas isso não quer dizer que as análises como as de Sunstein não sejam importantes. De novo, meus cumprimentos a todos que se dedicam a essa tarefa de investigar o imaginário dos juízes. Com certeza, temos todos um bom combate pela frente contra um adversário comum: qualquer forma de não-democracia e qualquer forma de arbítrio.

Não me agradaria ver o problema da decisão jurídica reduzida a um quadro, contendo números e perfis, algo como: "nos últimos 5 anos, o STF julgou 300 habeas corpus, dos quais 50 tiveram o perfil herói, 75, soldado etc.; ou 1003 ADIs, cujo resultado foi 322 minimalistas, 188 mudas...". Antes disso, preferiria que discutíssemos a teoria do direito, as razões pelas quais a teoria do direito ainda tem certa aversão a admitir os influxos dos paradigmas filosóficos, as razões pelas quais há tanta paixão pela moralização do direito. Desmistificar coisas simples, como "quem inventou esse negócio de que princípios são valores", "o que é isto – o pamprincipiologismo", "porque, em pleno século XXI, o projeto do novo Código de Processo Penal insiste na livre apreciação da prova", "porque há tanta resistência ao NCPC", "porque nos queixamos das decisões e não reclamamos das posturas consequencialistas", "porque achamos a discricionariedade uma 'coisa natural'" etc.

Para finalizar e demonstrar os cuidados que se deve ter na Teoria do Direito, deixemos Sunstein falar de novo e nos confortar:

> I have argued on behalf of a general enthusiasm for the Minimalist, on the ground that minimalism is well suited to the institutional virtues and limits of the Judiciary. But minimalism is not a complete theory of interpretation, and it is hardly an approach for all times and all seasons.[24]

REFERÊNCIAS

FUKUYAMA, Francis. As origens da ordem política: dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa. Rio de Janeiro: Rocco, 2013.

NOBRE, Marcos. Imobilismo em movimento: da abertura democrática ao governo Dilma. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho, n. 14, Alicante, 1993.

STRECK, Lenio Luiz. O (Pós-) Positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan. /jun. 2010.

______. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. 5. ed. São Paulo: RT, 2014.

______. O que é isto – decido conforme minha consciência? 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

______. Verdade e consenso. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUSTEIN, Cass. Constitutional Personae. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015.

---

[24] Tradução livre: "Eu me posicionei em favor de um entusiasmo geral para o Minimalismo, no sentido de que o minimalismo é bem apropriado para as virtudes institucionais e limites do Judiciário. Mas o minimalismo não é uma teoria completa da interpretação, e dificilmente é uma abordagem para todos os tempos e todas as estações". SUSTEIN, Cass. *Constitutional Personae*, op. cit. Closing Words, Rules of Attraction.

A INCORPORAÇÃO DE ELEMENTOS FACTUAIS ÀS DECISÕES EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

The absorption of factual elements to decisions in constitutional adjudication

Felipe Nogueira Fernandes[25]

Resumo: Por atribuir a juízes não eleitos o poder de invalidar decisões da maioria representada no parlamento, o controle judicial de atos legislativos padece de certo déficit democrático ou problema contramajoritário. Essa é a principal fonte de críticas à jurisdição constitucional. Para Jeremy Waldron, não havendo argumentos sólidos em favor da maior aptidão dos tribunais para identificar e delimitar direitos com forte carga moral, pesa decisivamente em favor das decisões legislativas o fato de serem tomadas por meio de um procedimento democrático. Por sua vez, Richard Fallon Jr. defende a jurisdição constitucional por considerar que ela pode prover uma proteção suplementar contra violações de direitos fundamentais decorrentes da ação legislativa. Ao favorecer decisões judiciais mais conscientes e uma postura de maior deferência às escolhas legislativas, a incorporação de considerações sobre a realidade social pode contribuir para o aumento da qualidade das decisões e a democratização do processo decisório, atenuando com isso as objeções ao controle judicial dos atos legislativos.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Jurisdição constitucional. Legitimidade. Fato legislativo.

Abstract: For assigning to unelected judges the power to invalidate decisions of the majority represented in parliament, the judicial review of legislative acts suffers from certain democratic deficit or contramajoritarian problem. This is the main source of criticism of the constitutional adjudication. For Jeremy Waldron, with no solid arguments for the greater ability of courts to identify and define rights with strong moral content, the fact that legislative decisions are

[25] O autor é Advogado da União, especialista em direito constitucional (Instituto Brasiliense de Direito Público) e aluno do Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público.

taken through a democratic procedure weighs decisively in its favor. In turn, Richard Fallon defends the constitutional adjudication on the grounds that it can provide additional protection against violations of fundamental rights arising from the legislative action. By encouraging more aware judgments and an attitude of greater deference to legislative choices, the incorporation of considerations about the social reality can contribute to improving the quality of decisions and the democratization of the procedure of decisionmaking, thereby mitigating the objections to judicial review of legislative acts.

Key Words: Judicial review. Constitutional adjudication. Legitimacy. Legislative fact.

INTRODUÇÃO

Ao longo do Século XX, a jurisdição constitucional expandiu significativamente a sua abrangência geográfica. Atualmente, quase todas as democracias constitucionais adotam alguma forma de controle de constitucionalidade. Mas a amplitude de seus poderes e mesmo a própria existência da jurisdição constitucional vêm recebendo críticas contundentes especialmente em razão de seu aparente déficit democrático, especialmente para invalidar atos legislativos.

Este artigo se propõe a apresentar sumariamente as objeções ao *judicial review* de Jeremy Waldron (2006) e a resposta de Richard Fallon (2008) em defesa do controle judicial de constitucionalidade de atos legislativos para, em seguida, analisar como a incorporação de elementos extratextuais, particularmente o exame das premissas factuais da legislação, poderia ser justificada no contexto do debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional.

Não se trata de investigar questões procedimentais específicas relacionadas ao exame das premissas factuais da legislação por ocasião do controle de constitucionalidade. Busca-se analisar possíveis contribuições que o reconhecimento da necessidade de considerações sobre fatos sociais, também denominados fatos legislativos, poderia proporcionar para atenuar algumas das objeções ao controle judicial de constitucionalidade.

Na primeira parte deste artigo, será brevemente sumariamente a discussão em torno da legitimidade da *judicial review*, especificamente o debate travado entre Jeremy Waldron e Richard Fallon. Na segunda parte, serão

apresentadas considerações sobre a incorporação de elementos da realidade social, especialmente a análise das premissas factuais da legislação, associando-a ao debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional descrito na primeira parte.

1 O CONTROLE JUDICIAL DE ATOS LEGISLATIVOS

O controle judicial de constitucionalidade desenvolveu-se inicialmente nos Estados Unidos, onde foi reconhecido pela Suprema Corte já no início do Século XIX no caso *Marbury v. Madison* (1803). Mas, na Europa, a concepção de supremacia parlamentar permaneceu vigente até o final da II Guerra Mundial, à exceção de uma breve experiência de controle judicial de constitucionalidade ocorrida na década de 1920 na Áustria, inspirada na doutrina de Hans Kelsen.

No período compreendido entre as duas grandes guerras do Século XX eclodiram regimes ditatoriais na Europa. Paradoxalmente, a ideia de supremacia do Parlamento permitiu que os órgãos legislativos transferissem poderes tirânicos ao Poder Executivo como meio de lidar com as graves crises sociais e econômicas das décadas de 1920 e 1930, superando dessa forma os bloqueios legislativos às medidas de urgência (BRANCO, 2009, p. 34). Com o fim da II Guerra Mundial, diante das atrocidades provocadas pelos regimes ditatoriais, ressurgiu na Europa o ímpeto pela busca de soluções para a preservação da dignidade humana contra os abusos dos poderes estatais (BRANCO, 2009, p. 35). Estava patente que o modelo de supremacia parlamentar não era capaz de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. Abria-se então o caminho para a difusão do controle de constitucionalidade na Europa.

O pós-Guerra é marcado pela superação da supremacia do parlamento arraigada na Europa desde as revoluções liberais dos Séculos XVII e XVIII, que cede espaço para a ideia de *supremacia da Constituição*, acompanhada da inserção de valores morais e políticos nos textos constitucionais, especialmente um sistema de direitos fundamentais, fenômeno designado como “materialização” das constituições. É certo que a positivação de catálogos de direitos fundamentais não é um fenômeno tão recente; a novidade

é a *força normativa* atribuída a esses valores e direitos, que se baseia na ideia de supremacia da Constituição. Na segunda metade do Século XX, esse "novo constitucionalismo" espraiou-se pelo mundo e tornou-se um padrão de organização do Estado (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 85).

Portanto, este novo modelo de organização do Estado baseia-se na ideia de supremacia da Constituição, associada a um catálogo mais ou menos amplo de direitos fundamentais, cuja proteção é atribuída a um ou mais órgãos de natureza jurisdicional capazes de sobrepor suas decisões até mesmo aos atos legislativos. Atribui-se então a um órgão de caráter jurisdicional o poder para controlar os atos estatais, sejam provenientes do Poder Executivo ou dos parlamentos, tendo como parâmetro a Constituição, ou melhor, a sua compreensão sobre o significado dos enunciados constitucionais. Por conseguinte, esse novo modelo implica uma delegação massiva de poderes aos juízes constitucionais (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 86).

Por atribuir a juízes não eleitos o poder de invalidar decisões tomadas pela maioria dos membros dos órgãos legislativos, submetidos a um processo eleitoral prévio, é inegável que esse modelo sofre de certo *déficit democrático*, o que alguns denominam de *problema contramajoritário*. Ocorre então um acirramento da tensão entre constitucionalismo e democracia na medida em que uma quantidade cada vez maior de decisões é posta fora do alcance das maiorias parlamentares (BRANCO, 2009, p. 59-60). Essa é a principal fonte de objeções à jurisdição constitucional.

Segundo Jeremy Waldron (2006), em sociedades cujos cidadãos em sua maioria estejam comprometidos com o respeito a direitos fundamentais, inclusive de integrantes de grupos minoritários, e em que as instituições democráticas e judiciais funcionem razoavelmente bem, mas em que haja discordância razoável sobre o conteúdo dos direitos, não haveria qualquer razão para crer que os tribunais sejam melhores que os órgãos legislativos na tarefa de identificar e delimitar direitos em questões permeadas por debates morais[26].

---

[26] São quatro as premissas adotadas por Waldron (2006) que fundamentam a sua crítica ao controle judicial de constitucionalidade: (i) instituições democráticas razoavelmente funcionais; (ii) instituições judiciais aptas a revisar atos executivos e que sejam relativamente

Então, não havendo um argumento sólido ligado à qualidade substantiva das decisões, Waldron (2006) conclui que pesa decisivamente em favor das decisões legislativas o fato de serem tomadas por meio de um procedimento democrático, em que, na medida do possível, são consideradas igualmente as opiniões de todos. Daí afirmar-se que a jurisdição constitucional priva as maiorias políticas do direito de autogoverno democrático sobre questões importantes. Para Waldron (2006), embora o processo legislativo não seja perfeito, seria melhor do que o método judicial para decidir questões abstratas sobre direitos, porque os legisladores devem prestar contas regularmente aos seus constituintes através do processo eleitoral.

A objeção de Waldron (2006) ao *judicial review* é poderosa, mas depende de várias premissas que na prática podem não estar presentes. Além disso, também é possível enfrentar as críticas de Waldron (2006) em seu próprio campo de batalha, ou seja, partindo do pressuposto de que são verdadeiras todas as condições que, segundo o próprio Waldron, tornariam não atraente a instituição da jurisdição constitucional. Richard Fallon Jr. (2008) admite que a concepção de que os juízes seriam mais capazes de decidir questões controversas sobre direitos fundamentais em boa medida parte de considerações elitistas problemáticas. Por rejeitar essa concepção antipopular, Fallon Jr. (2008) propõe uma defesa da *judicial review* que não tem por pressuposto que os juízes sejam mais capazes que os legisladores para identificar e delimitar direitos carregados de conteúdo moral em sociedades saudáveis, ou seja, em que a quatro condições de Waldron (2006) estejam presentes. Ainda assim, de acordo com Fallon Jr. (2008), haveria argumentos de resultado suficientemente fortes para permitir uma defesa da *judicial review*, não obstante seu déficit de *legitimidade democrática*. Para Richard Fallon Jr. (2008, p. 1709), o núcleo de uma defesa forte em favor do controle de constitucionalidade em sociedades não patológicas se baseia na compreensão de que erros que resultem em proteção insuficiente de direitos fundamentais são moralmente mais graves que erros que resultam em proteção exagerada; e que a

---

independentes do processo eleitoral; (iii) a existência de um compromisso com os direitos por parte dos membros da sociedade; e (iv) a existência de controvérsias sobre esses direitos.

jurisdição constitucional pode prover uma barreira com características próprias e valiosas contra erros de proteção insuficiente[27].

Mas a defesa da jurisdição constitucional empreendida por Fallon Jr. (2008) depende das seguintes premissas: (i) embora os tribunais não sejam necessariamente melhores que os parlamentos na identificação e delimitação de direitos fundamentais controvertidos, os juízes adotam uma perspectiva diferente que lhes permite, em algumas situações, identificar certas ameaças a direitos que podem passar despercebidas pelos legisladores; (ii) a ação legislativa gera mais riscos aos direitos fundamentais do que a omissão[28]; (iii) alguns direitos são mais fundamentais do que outros e por isso merecem maior proteção contra eventuais violações mediante o estabelecimento de múltiplas instâncias de veto; e (iv) que é possível conceber um sistema de *judicial review* em que os custos morais resultantes da proteção excessiva de direitos sejam inferiores aos custos morais da proteção insuficiente que ocorreria se não existisse a *judicial review* (FALLON, 2008, p. 1710-1714). Presumindo que tais condições estão presentes, Richard Fallon Jr. (2008, p. 1715) considera que seria razoável acreditar que, mesmo que as quatro condições de Waldron se verifiquem, um sistema de controle de constitucionalidade bem concebido seria capaz de produzir um padrão de resultados substantivamente melhores.

---

[27] Mas Richard Fallon (2008, p. 1708) ressalva que, embora possa ser razoável pensar que é melhor errar num sentido do que em outro quando houver desacordo razoável, é possível que nessa perspectiva a *judicial review* acabe se provando exagerada. Primeiro, é preciso chegar a uma ponderação adequada. Há um limite de aumento de erros numa direção que podem ser compensados por cada acerto gerado na outra. Segundo, no esforço para chegar a uma ponderação razoável, a estratégia de atribuir poder de veto a múltiplas instituições é válida na medida em que essas instituições empreguem perspectivas diferentes para resolver a questão.

[28] O autor ressalva que essa premissa depende muito do *status quo* e dos tipos de injustiça que ele apresenta, bem como da probabilidade de sucesso na ação judicial ou legislativa em corrigir os problemas morais existentes. Mas Fallon Jr. (2008, p. 1712) acredita que, nas democracias constitucionais liberais do Ocidente, se possa supor que a ação legislativa é provavelmente mais ameaçadora à integridade dos direitos fundamentais do que a omissão legislativa.

Richard Fallon Jr. (2008, p. 1718) explica que a legitimidade democrática não é o único fator que contribui para a legitimidade política geral, que também poderia ser fomentada por um sistema que contribua para minimizar as violações de direitos fundamentais, ainda que careça especificamente de legitimidade democrática[29]. Para Fallon Jr. (2008, p. 1718), a legitimidade política também tem relação com os fins que as instituições procuram atingir[30]. E na medida em que outras instituições sejam capazes de suprir o nível mínimo de legitimidade democrática do regime político globalmente considerado, um sistema que inclua a jurisdição constitucional pode ainda assim possuir legitimidade democrática suficiente (FALLON, 2008, p. 1727).

Mas o próprio Fallon Jr. (2008, p. 1728-1731) ressalva que seus argumentos fundamentam apenas uma defesa limitada do controle judicial de constitucionalidade sobre atos legislativos. Nesse sentido, ele explica que a sua

---

[29] Para Fallon Jr. (2008, p. 1717), em um regime político que, em seu aspecto geral, goza de legitimidade democrática, certas instituições podem contribuir para a legitimidade política geral ao adotarem processos concebidos para atingir objetivos desejáveis, ainda que tais processos careçam de legitimidade democrática. Como exemplos, Fallon Jr. (2008, p. 1717) cita certos vereditos em matéria criminal que exigem unanimidade entre os jurados e as decisões que definem a taxa básica de juros da economia, que nos Estados Unidos incumbe ao *Federal Reserve*.

[30] Porém, Fallon Jr. (2008, p. 1718) adverte que não se pode abdicar totalmente da legitimidade democrática. Por isso, considera que a legitimidade da *judicial review* depende das seguintes premissas: (i) que a *judicial review* resulte numa redução de violações a direitos fundamentais; (ii) que o regime político conte com instituições democráticas razoavelmente funcionais, como as legislaturas, que responsabilidade de criação de leis e concepção de políticas públicas; (iii) que a decisão de instituir a *judicial review* decorra de um processo democrático, ainda que posteriormente venha a restringir a capacidade das maiorias políticas para impor suas preferências; e (iv) que haja algum tipo de conexão psicológica entre os cidadãos ou a maioria deles e seus antecedentes que democraticamente instituíram a *judicial review* como coparticipantes em um empreendimento de autogoverno coletivo que se estende ao longo do tempo (FALLON, 2008, p. 1719-1720).

defesa restringe o objeto da *judicial review* à proteção de direitos fundamentais; não se aplicaria em casos de "soma-zero", em que a legislatura soluciona uma tensão entre direitos fundamentais favorecendo um em detrimento do outro. Além disso, pressupõe que o grau de rigor do controle leve em conta uma ponderação entre os riscos de erros por excesso e por insuficiência de proteção, pois ainda que se considere que os erros por proteção insuficiente sejam mais graves, há um limite de acréscimo de erros por excesso de proteção que justificaria evitar um erro de insuficiência de proteção (FALLON, 2008, p. 1732-1733). Diante disso, Richard Fallon Jr. (2008, p. 1733) observa que, provavelmente, a opção mais atrativa seria um sistema de controle de constitucionalidade em que houvesse uma relativa deferência dos juízes constitucionais às decisões dos legisladores, especialmente quando se parte da premissa de que direitos fundamentais devem ser protegidos por múltiplas instituições com poder de veto e não da premissa de que os tribunais são melhores que as legislaturas para resolver corretamente questões controversas sobre direitos fundamentais. Finalmente, Fallon Jr. (2008, p. 1734) considera que, numa sociedade não patológica como a imaginada por Waldron (2006), se justificaria apenas uma forma moderada de "entrincheiramento[31]" do sistema de *judicial review*, posto que, em condições de razoável desacordo, as instituições democráticas não deveriam ser totalmente alijadas do poder de fazer reavaliações periódicas da comparação de riscos morais da insuficiência e do excesso de proteção a direitos fundamentais. Por outro lado, o professor Fallon Jr. adverte que não se deve simplesmente pressupor que uma sociedade atualmente não patológica vai continuar assim; e o "entrincheiramento" da revisão judicial pode servir como um obstáculo contra patologias que podem se desenvolver no futuro. Então, conclui que a conveniência de um "entrincheiramento" maior ou menor do controle de constitucionalidade dependeria da propensão a patologias de uma dada sociedade, ainda que no

[31] Por "entrincheiramento" (*entrenchment*), Richard Fallon Jr. (2008) se refere ao grau de proteção que certas normas jurídicas gozam contra a sua alteração ou revogação por maiorias parlamentares. Nesse caso, o grau máximo de entrincheiramento seria representado pelas chamadas "cláusulas pétreas", já que não poderiam ser revogadas nem mesmo pelo processo de emenda constitucional.

momento da instituição da *judicial review* elas não existam (FALLON, 2008, p. 1734).

Portanto, Richard Fallon Jr. (2008) concebe a jurisdição constitucional como um mecanismo adicional, com *poder de veto*, para a proteção de direitos fundamentais. Trata-se de uma defesa moderada do controle de constitucionalidade que reconhece o seu déficit de legitimidade democrática, mas postula pela sua manutenção em função dos resultados que pode produzir ao evitar certas ameaças a direitos fundamentais decorrentes da *ação legislativa*. Então, defesas muito exaltadas do controle judicial de constitucionalidade e que postulem por uma postura mais ativista dos juízes constitucional não encontram suporte nos argumentos levantados por Fallon Jr. (2008) em contraposição às objeções de Jeremy Waldron (2006). Por outro lado, as justificativas para a *judicial review* propostas por Richard Fallon Jr. (2008) sugerem a proposição de procedimentos que possam ser capazes de aumentar o grau de precisão das decisões da jurisdição constitucional, mas que preservem uma perspectiva própria de análise, e fomentem uma postura de relativa deferência às decisões legislativas.

Tomando por base esse contexto do atual debate sobre a conveniência do controle de constitucionalidade, pode ser útil examinar eventuais vantagens que a absorção de elementos extratextuais, particularmente a análise das premissas factuais da legislação, pode oferecer.

2 O REEXAME JUDICIAL DAS PREMISSAS FACTUAIS DA LEGISLAÇÃO

A análise judicial das premissas factuais da legislação tem duas justificativas principais: (i) o incremento da qualidade das decisões; e (ii) a democratização do processo judicial. Como principais objeções, podem ser citados: (i) o déficit de legitimidade do Judiciário para rever as decisões legislativas; e (ii) a maior capacidade dos parlamentos para promover investigações da realidade social e analisá-las apropriadamente.

Nesta parte, primeiro serão apresentadas algumas noções iniciais relativas à absorção de elementos extratextuais em decisões na jurisdição

constitucional e os conceitos de fato legislativo e fato adjudicativo. Em seguida, serão analisadas as principais justificativas e objeções à análise judicial das premissas factuais da legislação no contexto do controle de constitucionalidade.

2.1 Noções iniciais e conceitos

Considerações sobre a realidade fática sempre foram usadas para fundamentar decisões em controle de constitucionalidade, explícita ou implicitamente. A decisão em *Marbury v. Madison* (1803), por exemplo, partiu do pressuposto de que os parlamentares não se conteriam aos limites impostos pela Constituição à atividade legislativa e por isso seria necessário o controle de constitucionalidade (FAIGMAN, 1991, p. 556-557). Mas foi no início do Século XX que a Suprema Corte norte-americana, por influência do realismo jurídico, começou a utilizar estudos científicos, sobretudo provenientes das ciências sociais, como fundamento para algumas de suas decisões[32] (MONAHAN; WALKER, 1991, p. 571). Com o avanço do realismo, a Suprema Corte norte-americana tornou-se menos formalista e mais receptiva a "elementos extrajurídicos" (RUBLIN, 2011, p. 183). De fato, esse tipo de abordagem faz mais sentido quando se parte da noção de que a boa norma jurídica é a que causa um efeito social desejável, que é inspirada no realismo (WOOLHANDLER, 1988, p. 115).

Uma das principais características das decisões da *Era Lochner*[33] foi o escrutínio judicial rigoroso das premissas factuais da legislação (BUZBEE;

[32] Como nos informa Gilmar Mendes (2001), o exame judicial de fatos e prognoses legislativas é prática comum na corte constitucional alemã há bastante tempo.

[33] A chamada *Era Lochner* é o período da história constitucional norte-americana notabilizado por uma atitude ativista e conservadora da Suprema Corte consistente na invalidação, com fundamento na cláusula do devido processo legal substantivo, de atos do poder público que restringissem a liberdade econômica ou a liberdade contratual, como leis que estabeleciam salário mínimo, proibição de trabalho infantil e outras formas de regulação de atividades econômicas. A denominação dada a esse período histórico provém do caso *Lochner vs. New York* (1905), em que foi questionada a constitucionalidade de lei do Estado de Nova Iorque que fixava um limite de horas para a jornada

SCHAPIRO, 2001, p. 100). E a postura cética da Suprema Corte ante os fatos subjacentes à legislação, especialmente as de cunho social, incentivou que os litigantes desenvolvessem *argumentos empíricos* (BUZBEE; SCHAPIRO, 2001, p. 101). De acordo com Monahan e Walker (1991, p. 572), o primeiro caso em que a ciência social foi usada por um tribunal norte-americano para fundamentar sua decisão foi em *Muller v. Oregon* (1908). Tratava-se de ação em que se questionava a constitucionalidade de lei do Estado do Oregon que limitava a jornada de trabalho das mulheres, sob a justificativa de proteção à saúde das trabalhadoras. Em defesa da lei, foi apresentado um memorial, atualmente conhecido como *Brandeis Brief*, que continha uma série de dados empíricos sobre o impacto de longas jornadas de trabalho sobre as mulheres. Essas informações serviram de base para que a Suprema Corte declarasse a constitucionalidade da lei[34]. Segundo Dean Alfange (1966, p. 667), o objetivo do *memorial Brandeis* teria sido desviar a atenção judicial dos precedentes para os fatos. Paralelamente, como informam Buzbee e Schapiro (2001, p. 102), em alguns casos o Congresso norte-americano passou a elaborar registros de evidências para tentar proteger a legislação contra a invalidação pelo Poder Judiciário.

Kenneth Davis (1942) contribuiu para o debate em torno da absorção de elementos extratextuais na atividade hermenêutica ao distinguir os *fatos legislativos* dos *fatos adjudicativos*. De acordo com Davis (1942, p. 402), os *fatos adjudicativos* dizem respeito apenas às partes do processo, ou seja, só interessam ao litígio em julgamento; enquanto os *fatos legislativos* orientam o julgamento sobre a definição de uma regra geral ou política. Partindo dos conceitos formulados por Kenneth Davis (1942), Amy Rublin (2011, p. 185) afirma que fatos legislativos influenciam a própria criação do direito e por isso têm efeito geral; enquanto os fatos adjudicativos interessam apenas a um caso

---

de trabalho diária e semanal dos padeiros. Essa linha jurisprudencial foi superada a partir do caso *West Coast Hotel Co. vs. Parrish* (1937), no qual a Suprema Corte americana considerou constitucional lei do Estado de Washington que estabelecia um salário mínimo.

[34] Segundo Faigman (1991), os dados empíricos apresentados no caso *Muller v. Oregon* serviram apenas de reforço argumentativo para que a Suprema Corte adotasse uma decisão que já estava predisposta a tomar.

particular. Ann Woolhandler (1988, p. 114), por sua vez, enfatiza a *diferença funcional* entre fatos legislativos e fatos adjudicativos. Para Woolhandler (1988, p. 114), a distinção entre fatos legislativos e adjudicativos não consiste propriamente no aspecto geral ou particular de um ou outro; mas que os fatos adjudicativos destinam-se a gerar um efeito jurídico tomando como pressuposto uma regra jurídica preexistente, ao passo que os fatos legislativos são usados para definir o conteúdo de uma norma jurídica. Portanto, pode-se dizer que os fatos adjudicativos destinam-se ao juízo de aplicação de uma norma jurídica predeterminada; enquanto os fatos legislativos dirigem-se ao juízo de definição do conteúdo de uma norma jurídica[35]. David Faigman (1991, p. 553) esclarece que os fatos legislativos podem ter duas finalidades distintas: (i) a interpretação da própria Constituição, auxiliando na definição do significado de suas normas (*constitutional-rule facts*); e (ii) para determinar se uma intervenção estatal é constitucional ou não, partindo de uma precompreensão da Constituição (*constitutional review facts*).

A aceitação de pesquisas científicas como um relevante elemento de prova se tornou comum nos Estados Unidos a partir do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) (MONAHAN; WALKER, 1991, p. 573). Tratava-se de ação em que foi questionada a constitucionalidade de lei estadual que estabelecia a segregação racial em escolas públicas ao determinar que crianças brancas e negras deveriam estudar em estabelecimentos de ensino diferentes. Nesse caso, a Suprema Corte norte-americana superou decisão anterior no caso *Plessy v. Ferguson* (1896) e considerou inconstitucional a segregação racial em escolas públicas. Entre os fundamentos de sua decisão, o tribunal utilizou estudos científicos que concluíram que a segregação causava um sentimento de

[35] John Monahan e Laurens Walker (1991, p. 579) identificam ainda um terceiro uso para os fatos no processo judicial: o uso de conclusões gerais de pesquisas sociais para determinar questões factuais específicas em um determinado caso. Nessa situação, são utilizados estudos científicos para prover um contexto a fim de determinar um fato específico (*social framework*). Segundo Rublin (2011, p. 187), os fatos de contexto social (*social framework*) consistem em dados gerais obtidos por meio de pesquisas em ciência social usados para construir um contexto relevante para decidir questões de fato que interessem a um caso específico.

baixa autoestima nas crianças negras que prejudicava seu desempenho escolar[36].

2.2 Por que os juízes devem examinar os fatos legislativos no controle de constitucionalidade?

Segundo Gilmar Mendes (2001, p. 1-2), o reconhecimento de que a Constituição não deve ser interpretada segundo os postulados clássicos de hermenêutica e a sugestão de utilização da tópica lançaram luz sobre a impossibilidade de separação total entre os elementos fáticos e normativos envolvidos na resolução de questões constitucionais. Diante disso, como afirma o próprio Mendes (2001, p. 12), a "comunicação entre norma e fato" é condição da interpretação constitucional. Daí a necessidade de integração entre elementos fáticos e normativos às decisões constitucionais. Com isso se poderia afirmar que a aferição dos fatos legislativos é parte essencial ao controle de constitucionalidade (MENDES, 2001, p. 13). Na mesma linha, David Faigman (1991, p. 543-544) considera superada a concepção de que a hermenêutica constitucional deve centrar-se exclusivamente no texto normativo[37]. Embora não se possa prescindir da análise textual, também não se pode ignorar elementos extratextuais para estabelecer o significado da Constituição (FAIGMAN, 1991, p. 543-544). Sobre a impossibilidade de decidir uma questão constitucional de forma dissociada dos elementos fáticos, afirma Kenneth Karst:

---

[36] No caso *Brown* (1954), também é possível concluir que os fatos legislativos em que a Corte apoiou sua decisão tiveram um efeito mais retórico de justificar uma decisão previamente tomada em bases morais do que como um efetivo elemento de convencimento dos juízes da Suprema Corte norte-americana. Nessa leitura da decisão, a Suprema Corte teria lançado mão de uma pesquisa social relativamente recente para superar a decisão no caso *Plessy* (1896) sem causar tanta repulsa na população branca do sul dos EUA.

[37] O textualismo (*textualism*) é um método de interpretação formalista que sustenta que apenas os enunciados normativos devem servir como elemento para a interpretação jurídica, rejeitando qualquer fonte extratextual, como o propósito do legislador. Aplicado à hermenêutica constitucional, o textualismo propõe que o intérprete constitucional se concentre apenas em revelar o significado dos dispositivos constitucionais.

> Thus every constitutional issue contains important factual elements which control the decision whether they are expressly considered or remain buried in the mental equipment which the judge brings to the decisional process. (KARST, 1960, p. 84)

No mesmo sentido, Dean Alfange (1966, p. 644) explica que, quando a atividade legislativa se aproxima de "zonas proibidas", como é o caso de leis restritivas da liberdade de expressão, o exame da "necessidade social" da lei se torna indispensável e não há como fazer um julgamento constitucional consistente sem levar em conta os fatos legislativos:

> Doubtful constitutional questions can never be answered entirely irrespective of legislative considerations of public need. Interpretation of the provisions of the Constitution must be carried out with full attention paid to the practical effect of choosing one construction over others. This is no less true for the apparently absolute provisions (except perhaps for those expressed with mathematical precision) than for those which are plainly vague and flexible. (ALFANGE, 1966, p. 644)

Tratando do contexto norte-americano, Peggy Davis (1987, p. 1539) afirma que atualmente se reconhece que os juízes frequentemente exercem uma função de *criação do direito*, não se limitando à aplicação de normas preexistentes; e que para isso é preciso contar com o "conhecimento geral". Essa concepção de que, em alguma medida, os juízes também criam o direito está associada à conclusão de que, ao menos em certas situações, a função jurisdicional demanda o conhecimento da realidade social. Afinal, a criação responsável de normas jurídicas pressupõe o conhecimento da realidade social sobre a qual a norma deverá incidir e alguma antecipação dos seus possíveis efeitos sobre esta mesma realidade. Por conseguinte, o reconhecimento de que os juízes desempenham um papel na criação do direito é importante por duas razões principais. Primeiro, porque induz os juízes a buscarem conhecer a realidade social e os potenciais efeitos de suas decisões, além de permitir que os reais fundamentos de suas decisões sejam mais explícitos. Segundo, porque, ao admitirem que podem inovar o direito, é mais provável que os juízes hesitem antes de promover tais inovações e que ajam com mais responsabilidade quando mudanças forem necessárias (DAVIS, 1987, p. 1601). Para isso, é essencial que os juízes consigam distinguir a fronteira entre fatos adjudicativos e fatos legislativos. Nesse sentido, afirma Peggy Davis:

> Sensitivity to the line between legislative and adjudicative factfinding is as critical to responsible lawmaking as is acknowledgement of the legislative function. When courts own up to the possibility of making law in response to social and scientific facts, they are more likely both to hesitate to change or embellish legal rules and to proceed responsibly when changes are called for. (DAVIS, 1987, p. 1601)

Segundo Caitlin Borgmann (2009, p. 35), para que os tribunais possam exercer adequadamente a sua *função contramajoritária* de defesa de direitos individuais[38], especialmente em favor de minorias impopulares ou indefesas, precisam reexaminar as premissas fáticas que fundamentam leis restritivas de direitos. Só assim seria possível avaliar com alguma segurança se o ato legislativo observa certos preceitos constitucionais, como a igual consideração ou o tratamento isonômico. Para Kenneth Karst (1960, p. 86), a alternativa seria considerar tais questões como políticas e renunciar ao controle de constitucionalidade.

Um caso em que essa integração entre elementos fáticos e normativos ficou bem evidente foi em *Bibb v. Navajo Freight Lines, Inc.* (1959). Tratava-se de ação em que foi questionada a constitucionalidade de lei do Estado de Illinois que exigia que os caminhões tivessem para-lamas curvados. A justificativa para essa exigência foi que esse equipamento reduziria o risco de que as rodas traseiras dos caminhões atirassem pedras contra os veículos que seguem atrás, evitando acidentes. Durante o julgamento, foram ouvidos depoimentos de

[38] Com base em uma análise das decisões em que a Suprema Corte norte-americana declarou a inconstitucionalidade de leis federais e considerando a forma de escolha de seus juízes, que se assemelha ao processo de escolha de ministros do STF, Robert Dahl (1957) afirma que, salvo em períodos de transição, a Suprema Corte norte-americana é parte da aliança política dominante, dando suporte às políticas patrocinadas por essa mesma aliança dominante, e não costuma agir contra os interesses de maiorias parlamentares consolidadas. Com isso conclui que a principal tarefa da Suprema Corte seria a de conferir legitimidade para as políticas fundamentais da coalisão dominante (DAHL, 1957, p. 294). Porém, Dahl ressalva que a Suprema Corte opera para conferir legitimidade não apenas a políticas específicas e paroquiais da aliança dominante, mas aos padrões básicos de comportamento requeridos para o funcionamento da democracia (DAHL, 1957, p. 295).

peritos quanto ao aumento da segurança proporcionado pelo tipo de para-lamas que a lei exigia, em comparação ao tipo convencional, e sobre os custos operacionais que resultariam do cumprimento da lei. A Suprema Corte norte-americana considerou que a lei era inconstitucional após comparar os seus benefícios em termos de aumento da segurança com os custos impostos ao comércio interestadual, considerando que os demais Estados não exigiam esse tipo específico de equipamento.

No Brasil há um precedente semelhante: a ADI 855 (2008). Tratava-se de ação em que se questionava a constitucionalidade de lei do Estado do Paraná que obrigava que os comerciantes de gás de cozinha pesassem botijões e cilindros de gás, à vista do consumidor, tanto na venda quanto no recolhimento do recipiente. Determinava ainda que eventual diferença entre o gás efetivamente consumido e a quantidade líquida indicada no recipiente geraria ao consumidor o direito de abatimento proporcional quando da aquisição do produto. Entre outros argumentos, o Supremo Tribunal Federal tomou por base parecer técnico do INMETRO que atestava que, para cumprir a lei, seria preciso instalar balanças de precisão nos caminhões de entrega e que as condições de transporte facilmente desregulariam os equipamentos. Considerou-se ainda que, se fossem acopladas balanças fixas aos caminhões, o consumidor seria obrigado a ir até o veículo para ver a pesagem do produto. Enfim, a lei foi declarada inconstitucional por violação ao *dever de proporcionalidade*, posto que haveria outros meios mais racionais de se atingir o fim almejado.

Segundo Peggy Davis (1987, p. 1592), embora a afirmação e demonstração de fatos legislativos seja normalmente determinante para o resultado, muitas vezes os juízes evitam uma discussão judicial franca sobre os fatos legislativos, mesmo nas instâncias superiores. No entanto, muitas vezes esse aspecto das decisões constitucionais permanece implícito ou camuflado. Ademais, em geral há pouca preocupação com a confiabilidade das premissas factuais das decisões judiciais. Nesse sentido, Richard Posner (2007, p. 293) critica o desinteresse dos juristas em investigar ou estimular a investigação de fatos sociais dos quais depende a "integridade da doutrina jurídica". Segundo Posner (2007, p. 293), os juristas costumam se satisfazer com meras intuições, o que seria reflexo de uma falta de atitude científica no direito.

A necessidade de apelo aos fatos sociais para decidir sobre a constitucionalidade de uma lei fica ainda mais evidente no paradigma da *análise de proporcionalidade*. O teste de proporcionalidade, com suas três máximas parciais, torna evidente a necessidade de análise da realidade social[39]. Basta dizer que as máximas da adequação e da necessidade expressam a exigência de uma máxima realização dos princípios em face das *possibilidades fáticas* (ALEXY, 2012, p. 588). E mesmo na etapa da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação, que expressa a exigência de maximização de princípios em relação às possibilidades jurídicas, é preciso comparar os benefícios advindos da medida questionada para a concretização de seu objetivo

[39] Para que sejam válidas segundo o postulado da proporcionalidade, as regras que representem alguma restrição a princípios constitucionais devem, de alguma forma, ser úteis à concretização de outras finalidades também valorizadas pela Constituição. Do contrário, representariam apenas restrições a direitos sem concretizar, em contrapartida, qualquer outra finalidade amparada constitucionalmente, o que não se poderia admitir. Trata-se de aplicar o princípio do chamado "ótimo de Pareto": uma posição pode ser melhorada sem qualquer prejuízo para outra posição (ALEXY, 2003, p. 135). Os comandos normativos impostos pelo Estado devem fundamentar-se numa razão com lastro no ordenamento jurídico, ou seja, devem servir a alguma finalidade que a sociedade considere valiosa. Mais do que isso, as regras não devem impor uma restrição desnecessária aos princípios que estejam em confronto com aquele que tenham por finalidade concretizar. Do contrário, haveria uma restrição a direitos fundamentais que não representaria qualquer vantagem a outra finalidade buscada ou admitida pela Constituição. Novamente, aplica-se o conceito de "ótimo de Pareto", pois um princípio poderia ser concretizado em maior medida sem qualquer prejuízo ao princípio concorrente (ALEXY, 2003, p. 135-136). Por fim, regras que, a despeito de concretizar determinados princípios, restrinjam o âmbito de aplicação de outros, devem resultar em uma relação favorável entre custos e benefícios. Em outros termos, uma restrição a direitos fundamentais deve ser justificada pelas vantagens decorrentes da concretização de outro valor constitucional em colisão. Em resumo, essas exigências se refletem nas três dimensões do dever de proporcionalidade: (i) a adequação; (ii) a necessidade; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito.

com os efeitos negativos que causa a outros fins também valorizados pelo ordenamento jurídico.

Então, o juízo de ponderação envolve tanto questões fáticas como questões normativas[40]. As questões fáticas dizem respeito à definição da medida em que a ação legislativa fomenta seus objetivos e da medida em que restringe interesses contrapostos. Isso passa pela definição tanto do nível de promoção ou restrição aos interesses em confronto, caso a medida tenha sucesso integral, como da probabilidade de que ela tenha sucesso integral ou parcial (KARST, 1960, p. 84). Nesse sentido, Borgmann afirma que, se uma lei pretende proteger direitos à custa de outros, os tribunais devem conduzir um reexame independente dos fatos subjacentes, a fim de garantir que essas restrições não ocorram com base em falsas premissas factuais:

> Where such a law intended to protect basic individual rights also clearly intrudes on others, the courts should conduct an independent review of the facts. We should not tolerate laws based on erroneous or disingenuous fact-finding simply because a legislature's intentions are good. For example, assume a legislature passes a law forbidding hate speech directed against a defined group of people. If the legislature makes a wholly speculative and unsupported factual finding that members of the protected group are ten times more likely to seek counseling for emotional trauma after confronting the forbidden kinds of speech, it would not be acceptable for a court to uphold the law on this supposed factual basis. The law may still be upheld if the government offers other valid grounds for the law in court. But because the law implicates the basic constitutional right to free speech, it is the courts' duty to ensure that the law is premised on something other than a bogus factual foundation. (BORGMANN, 2009, p. 39)

As questões constitucionais difíceis não podem ser decididas apenas com base em investigações fáticas, tampouco exclusivamente por meio de proposições normativas. Proposições puramente factuais só podem resultar em outras proposições factuais, jamais julgamentos de valor. Porém, se não estiverem ancorados na realidade fática, os julgamentos de valor se perdem em abstrações vazias. Uma decisão consciente sobre a razoabilidade de uma intervenção estatal depende da correta identificação dos efetivos impactos

---

[40] O aspecto normativo ou valorativo consiste na definição da importância que cada um dos interesses em conflito tem para a comunidade (KARST, 1960, p. 84).

positivos e negativos da medida sobre os interesses em jogo (KARST, 1960, p. 92). Assim, a manutenção da força normativa da Constituição exige que as cortes constitucionais se apoiem tanto em argumentos normativos como em argumentos empíricos a fim de que possam chegar a decisões mais lúcidas. Nesse sentido, Paulo Paiva conclui que:

> Por isso, a manutenção da força normativa da constituição impõe que a jurisprudência constitucional se apoie em uma base heterogênea, que integre tanto argumentos que formulam valorações/interesses quanto argumentos que busquem delinear a área de realidade sobre a qual as leis e normas constitucionais produzirão efeitos. (PAIVA, 2013, p. 228)

Portanto, o juízo de proporcionalidade claramente requer o contato do juiz com os fatos sociais subjacentes ao conflito normativo. Como afirma Paulo Branco (2009, p. 90): "o juízo de balanço passou a enxergar a lei como um meio para um propósito, exigindo o escrutínio dos interesses sociais em jogo, quando se estivesse diante de um conflito constitucional". Assim, as mudanças no mundo real poderiam se refletir na evolução da doutrina constitucional (BRANCO, 2009, p. 90). Por isso, Paulo Paiva (2013, p. 218) afirma que a solução de colisões de direitos fundamentais teria que considerar a realidade empírica. Dada a natural abstração dos preceitos constitucionais, a solução adequada a ser dada no caso de colisão de princípios só pode ser obtida mediante o exame do contexto fático (PAIVA, 2013, p. 222). Portanto, como defende Paulo Paiva (2013, p. 218), a solução a ser dada no caso de uma colisão de direitos fundamentais exige o prévio controle judicial dos fatos legislativos.

A adoção de modelos decisórios que aparentemente isolem a argumentação jurídica em relação a elementos extratextuais como os fatos legislativos, confiando exclusivamente em percepções associadas aos textos normativos, não confere mais segurança ou previsibilidade às decisões. Ao contrário, esses modelos camuflam os reais fundamentos das decisões ou pelo menos parte deles. Essa blindagem do discurso jurídico aos fatos sociais provavelmente não conduz a bons resultados, por duas razões. Primeiro, porque dissocia *poder* e *responsabilidade*. A ilusão de que os juízes decidem apenas com base nos textos normativos, revelando o seu significando e aplicando-o mecanicamente ao caso *sub judice*, de certa forma exime os juízes de maiores responsabilidades quanto às consequências de suas decisões, pois esconde a

função criativa dos juízes. Ao mesmo tempo, mantém incólume o poder judicial de anular os atos legislativos. Em segundo lugar, os modelos refratários a elementos extratextuais e, particularmente, aos fatos sociais, distanciam os juízes do adequado conhecimento de informações relevantes para a sua percepção da decisão mais apropriada (ALFANGE, 1966, p. 655-656). E o risco de decisões equivocadas é muito maior quando o poder está dissociado da responsabilidade e quando a autoridade decisória tem pouco acesso a informações[41].

As questões constitucionais podem ser decididas de forma mais consciente se os tribunais tomarem ciência do contexto fático envolvido e identificarem com mais precisão os interesses em jogo. Espera-se daí um incremento na qualidade das decisões em controle de constitucionalidade, medido pela capacidade de gerar efeitos sociais desejáveis num determinado ambiente constitucional[42].

O segundo aspecto justificador do reexame judicial das premissas factuais da legislação refere-se à democratização do processo judicial[43]. Ao

---

[41] De acordo com Morris Cohen (*apud* Alfange, 1966, p. 655), há dois princípios de ciência política que a experiência torna claros: (i) que a pior forma de governo é a que separar poder de responsabilidade; e (ii) que o governo mais fraco é o que tem menos acesso a fontes de informação.

[42] Ann Woolhandler (1988, p. 123-124) questiona a suposição de que a formalização do processo de recepção de fatos legislativos pelo Judiciário aumentaria a qualidade das decisões em seu aspecto substancial. Ela justifica a sua crítica a essa presunção com os seguintes argumentos: (i) os fatos legislativos normalmente consistem em previsões sobre os efeitos das normas e que são passíveis de discussão; (ii) a própria criação e recepção de fatos legislativos no processo judicial é orientada por concepções preexistentes sobre relações de causalidade e os efeitos desejados das normas; e (iii) ainda que sejam usados como informações no processo de "ponderação pragmática", os fatos legislativos não conseguem definir o resultado da ponderação.

[43] Segundo Ann Woolhandler (1988, p. 124-125), a reforma dos processos judiciais para favorecer a incorporação de diversos pontos de vista seria útil se considerássemos que a "ponderação pragmática" é o melhor método para tomar decisões judiciais e por isso fosse

justificar sua decisão com base exclusivamente em fórmulas jurídicas fixas, o juiz confere uma "áurea técnica" às suas decisões que, ao mesmo tempo em que o isola do contato com a realidade, o protege de críticas de "não especialistas". Mas quando uma corte constitucional julga um caso, a sua decisão tem reflexos sobre toda a sociedade e não apenas sobre as partes diretamente envolvidas no litígio. Portanto, o tribunal deve preocupar-se com informações que vão além dos fatos relacionados ao caso particular (KARST, 1960, p. 77). Essa integração da realidade social ao processo hermenêutico constitucional implica a necessidade de abertura do processo judicial aos pontos de vista dos diversos segmentos da sociedade. Isso porque, para conhecer o real impacto das normas jurídicas sobre a sociedade também é preciso conhecer a opinião daqueles que vivenciam a aplicação da norma (HÄBERLE, 1997, p. 30).

Na medida em que o juiz constitucional se preocupa em conhecer efetivamente os fatos sociais subjacentes à legislação questionada, sente a necessidade de ter acesso, entre outras fontes de informações: a opiniões técnicas (não jurídicas) sobre a veracidade das premissas factuais da legislação e seus prováveis impactos sobre a realidade, assim como sobre os impactos de sua própria decisão; e a opiniões de grupos sociais envolvidos no problema, prejudicados ou beneficiados pela medida legislativa questionada. Isso produz uma maior abertura do processo judicial a um conjunto mais amplo da sociedade e permite um debate com "não especialistas" e "técnicos não jurídicos". Além disso, ao revelar os fundamentos fáticos das decisões

desejável incentivar a sua aplicação realçando procedimentos para a avaliação de dados empíricos. Mas Woolhandler considera que é o parlamento que tem as melhores condições de determinar a vontade majoritária e, mesmo que se atribua ao Judiciário a função de levar em conta interesses subrepresentados no parlamento, esses interesses seriam mais bem protegidos por meio de normas jurídicas e precedentes e não por uma ponderação *ad hoc* dos efeitos das normas. Porém, Woolhandler (1988) não é totalmente contrária à incorporação de informações empíricas aos processos decisórios judiciais, rejeitando apenas processos que aumentem a influência do método da ponderação, que em seu entendimento tornaria o processo judicial mais parecido com os processos legislativo e administrativo.

constitucionais, se favorece um maior debate público *a posteriori* sobre a correção e os efeitos da decisão.

Certamente, esses os dois aspectos justificadores da revisão judicial de fatos legislativos – o incremento da qualidade das decisões e a democratização do processo judicial – estão intimamente relacionados. O conhecimento da realidade é relevante para a definição do significado da Constituição e a qualidade de sua interação com os atos legislativos cuja constitucionalidade é questionada, não sendo suficiente o mero exame do texto normativo. E, para ser bem compreendida, a realidade precisa ser examinada à luz das opiniões daqueles que vivenciam a norma em ação, o que exige a abertura da jurisdição constitucional aos pontos de vista dos diversos segmentos da sociedade. Favorece com isso o que Häberle chama de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Ao atuar em prol do incremento da qualidade das decisões e da democratização do processo judicial, a revisão judicial dos fatos legislativos atenua as principais críticas contra a jurisdição constitucional. Neste ponto, vale recordar a crítica de Waldron (2006) ao judicial review. Waldron (2006) afirma que, em sociedades que não sofram de certas patologias sociais (core cases), não haveria qualquer evidência de que, em litígios permeados por questões morais, as decisões judiciais sejam melhores que as decisões legislativas. Diante disso, pesaria decisivamente em favor da decisão legislativa o fato de serem mais democráticas. Em resumo, Waldron (2006) defende que, na indefinição quanto ao procedimento que produz as melhores decisões, deve-se favorecer aquele que é mais democrático. Portanto, se de fato o reexame das premissas factuais da legislação no contexto da jurisdição constitucional proporcionar um incremento da qualidade das decisões e maior democratização do processo judicial, ficam atenuadas, ainda que não excluídas, as críticas de Waldron (2006) ao judicial review. Ao mesmo tempo, reforçaria o argumento de Fallon Jr. (2008) em favor da jurisdição constitucional, pois tornaria o controle de constitucionalidade mais preciso.

No entanto, Woolhandler (1988, p. 121) adverte que a hegemonia do processo de “ponderação pragmática” aproximaria o processo decisório judicial dos processos legislativo e administrativo e solaparia a legitimidade dos

tribunais. Esta afirmação está em sintonia com a posição de Fallon Jr. (2008), para quem um dos fatores que contribuem para a legitimidade da jurisdição constitucional é que os tribunais adotam uma perspectiva distinta das legislaturas ao decidir, justificando assim a sua posição como um mecanismo adicional de veto a possíveis ameaças a direitos fundamentais. Portanto, a absorção de fatos legislativos no contexto da argumentação jurídica em decisões de controle de constitucionalidade não pode simplesmente equiparar o processo decisório judicial ao processo legislativo.

2.3 As objeções à revisão judicial de fatos legislativos

São duas as principais objeções à análise de fatos legislativos pelos tribunais: (i) o déficit de legitimidade; e (ii) a capacidade inferior do Judiciário para conduzir tais investigações.

A percepção de que os órgãos legislativos estariam mais capacitados a promover investigações sobre a realidade social se fundamenta em algumas vantagens comparativas dos parlamentos em relação aos tribunais, tais como: (i) maior proximidade com o público; (ii) diversidade de experiências dos parlamentares; (iii) a especialização dos integrantes das comissões legislativas em comparação aos juízes; (iv) a maior aptidão do Legislativo para considerar questões mais amplas, enquanto os juízes estão vinculados a questões pontuais; (v) maior facilidade de acesso dos legisladores a fontes informais de informações; (vi) a dependência dos juízes aos elementos de prova produzidos pelas partes e o reflexo de eventuais desequilíbrios processuais sobre a decisão; e (vii) a parcialidade dos especialistas contratados pelos litigantes.

Porém, ainda que se admita que o Poder Legislativo geralmente tem mais capacidade e recursos para promover investigações sobre fatos sociais, isso não significa que os órgãos legislativos de fato aplicarão sua capacidade para promover uma investigação séria da realidade social, tampouco que não se possa fomentar a capacidade do Judiciário para desempenhar esse papel. Segundo Neil Devins (2001, p. 1178), embora tenha vantagens comparativas para empreender tais investigações, o Congresso só faz um bom trabalho em revelar a realidade social quando tem incentivos adequados. Ele explica, referindo-se ao contexto norte-americano, que o Congresso precisa atender aos

interesses do eleitorado, grupos de interesses e líderes partidários; e algumas vezes a investigação de fatos sociais se encaixa nessa equação, mas em muitos casos não[44] (DEVINS, 2001, p. 1206).

A afirmação de Devins (2001) de que o Congresso norte-americano muitas vezes não produz boas investigações das premissas factuais das proposições legislativas é corroborada pelo trabalho de Caitlin Borgmann (2009), que demonstra com um estudo de casos que, quando estão em jogo questões controversas, os tribunais são mais aptos a promover investigações sérias sobre as premissas factuais que dão suporte às normas jurídicas. Não há motivos para acreditar que, em relação a esse aspecto, o Poder Legislativo brasileiro funcione de forma sensivelmente diferente do Congresso norte-americano. Ademais, no direito brasileiro, os juízes e tribunais têm mais liberdade para determinar a produção de provas independentes das partes, o que atenua o problema da parcialidade dos elementos de prova coligidos ao processo judicial. Continuando no contexto brasileiro, é relevante destacar a conclusão de Gilmar Mendes (2001, p. 23-24) no sentido de que a legislação que regula o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (Lei nº 9.868, de 1999) dotou o tribunal de instrumentos adequados para o exame de fatos e progoses legislativos[45].

---

[44] Para Neil Devins (2001), a menos que os tribunais estejam dispostos a rever suas próprias decisões, a aplicação de critérios de decisão dependentes dos fatos pode limitar a sua capacidade de exercer controle sobre o Congresso e impedir que sejam priorizados interesses particulares (*special interests*) em detrimento do interesse público. Segundo Devins (2001), quando o Congresso atua em favor de interesses particulares, suas investigações tendem a ser apenas *pro forma*; e os tribunais não conseguiriam estabelecer critérios manejáveis para lidar com o problema das investigações *pro forma*. Então, por acreditar na incapacidade do Judiciário em promover investigações independentes de qualidade, Devins (2001, p. 1207) recomenda que, nos casos em que se percebe que o Congresso não tem os incentivos adequados para promover investigações sérias das premissas factuais das proposições legislativas, os juízes adotem critérios de decisão insensíveis aos fatos subjacentes à legislação.

[45] No mesmo sentido, ver Paiva (2013), p. 200.

Pode-se então dizer que o exame judicial de fatos legislativos tanto é viável como indispensável para a adoção de decisões constitucionais conscientes. É o que afirma Alfange:

> Despite the insistence of those who would deny the inescapable political responsibility of the Supreme Court, it is not only manifestly feasible for the Court to examine legislative facts, but such an examination is often altogether indispensable to sound constitutional adjudication. (ALFANGE, 1966, p. 678)

Disso se pode concluir, em oposição à objeção da capacidade inferior dos órgãos judiciais, não apenas que os parlamentos por vezes não promovem uma adequada investigação das premissas factuais das proposições legislativas, mas também que os tribunais podem desempenhar esse papel satisfatoriamente.

Claro que não há como assegurar que um juiz ou tribunal, ainda que devidamente informados sobre as circunstâncias fáticas que envolvem uma questão constitucional, efetivamente levem em conta esses dados para decidir. Porém, é razoável esperar que eles tenham algum efeito sobre as decisões judiciais (KARST, 1960, p. 111). Além disso, é óbvio que, sem que tais informações estejam disponíveis, o julgador não poderá considerá-las ainda que assim entenda pertinente.

David Faigman (1991) mostra que, historicamente, a Suprema Corte norte-americana tem manipulado os fatos legislativos e as questões constitucionais levadas à sua apreciação quando os dados empíricos não corroboravam o resultado desejado. Não obstante, a exposição da realidade fática em alguma medida restringe a discricionariedade dos tribunais. Isso ocorre porque as decisões incongruentes com os elementos fáticos trazidos ao debate acabam prejudicando a legitimidade da corte constitucional (FAIGMAN, 1991, p. 602). No mesmo sentido, Paulo Paiva (2013, p. 213) afirma que a introdução de dados empíricos que indiquem uma decisão num determinado sentido torna mais oneroso para o tribunal decidir em sentido contrário e submete a decisão a um debate em termos mais concretos. A introdução de elementos empíricos na argumentação jurídica também dificulta interpretações que partem de premissas irreais (PAIVA, 2013, p. 229). Portanto, como reconhece o próprio Faigman (1991, p. 602), os dados empíricos auxiliam na

definição dos limites da discricionariedade das cortes constitucionais, tornando assim mais evidente quando os tribunais rompem tais limites, situação em que ficam mais vulneráveis às críticas. Servem assim para potencializar o controle externo das decisões.

Na mesma linha, Kenneth Karst (1960, p. 86) conclui que o exame judicial dos fatos legislativos não aumenta a probabilidade de que o judiciário interfira indevidamente sobre os juízos legislativos. Segundo ele, ocorreria o contrário: o ativismo judicial estaria associado a decisões nas quais não há um exame efetivo dos fatos legislativos (KARST, 1960, p. 86). Então, Karst conclui que se espera mais autocontenção de juízes que se preocupam com um exame efetivo da realidade fática subjacente às políticas públicas (KARST, 1960, p. 86).

Considerando que a incorporação de elementos extratextuais, particularmente evidências sobre a realidade social, pode contribuir para a contenção da discricionariedade judicial no âmbito do controle de constitucionalidade, cai por terra a objeção da falta de legitimidade dos tribunais para realizar esse exame. Se os juízes detêm legitimidade para anular atos legislativos considerados contrários à Constituição, o exame dos fatos legislativos contribuiria para tornar esse controle ainda mais legítimo ao reduzir as chances de decisões arbitrárias. Se realmente o exame judicial de fatos legislativos contribui em alguma medida para uma postura de maior deferência dos tribunais às decisões legislativas, certamente seria compatível com a defesa da jurisdição constitucional promovida por Fallon Jr. (2008).

Mas é um equívoco supor que o parlamento ou os tribunais tenham capacidade de promover investigações aprofundadas em todos os casos ou que os resultados dessas investigações sejam sempre confiáveis. Há limitações de tempo e de recursos que podem inviabilizar que isso seja feito, tanto em âmbito legislativo como judicial. Além disso, como adverte Borgmann (2009, p. 39-40), se os tribunais adotam uma rotina de revisão das bases factuais dos atos legislativos, fica fragilizado o princípio da separação de poderes. Diz ela:

> If courts were to scrutinize closely as a routine matter the factual bases for all exercises of legislative power, the principle of separation of powers could be undermined and the legislatures' ability to act unduly hampered. Moreover, the nature of the legislative process may make it hopeless to expect that every piece of legislation will be based upon a close review

> of the facts. The pursuit of a perfect factual foundation in the legislative setting may simply be too unrealistic and too costly. Under this view, if democratically elected officials want to take action based on an imperfect assessment of the relevant facts, then so be it. This may be a cost of the democratic process that we are obliged to accept. (BORGMANN, p. 39-40)

Então, os legisladores muitas vezes são obrigados a agir com base em informações imperfeitas. E os juízes devem ter consciência disso e, mantidas essas condições de incerteza, devem respeitar as escolhas legislativas, mantendo uma postura de relativa deferência ao parlamento.

CONCLUSÃO

O poder da jurisdição constitucional de anular atos legislativos pode ser defendido contra as objeções de Jeremy Waldron ao considerarmos que uma das funções da jurisdição constitucional é de servir como um mecanismo adicional de proteção de direitos fundamentais contra eventuais ameaças provenientes da ação legislativa. Ainda que se admita que os juízes não são melhores que os legisladores na tarefa de identificar e delimitar direitos vagos e carregados de conteúdo moral, Richard Fallon Jr. defende que a manutenção do controle judicial de constitucionalidade de atos legislativos pode ser justificada, mesmo numa sociedade comprometida com a proteção de direitos, por sua capacidade de identificar possíveis violações a direitos fundamentais de uma perspectiva própria, diferente daquela adotada pelo Poder Legislativo.

Deste ponto de vista, o déficit democrático da jurisdição constitucional, especialmente quando atua para invalidar decisões legislativas, poderia ser compensado pela minimização do risco de violações a direitos fundamentais. Porém, como reconhece o próprio Fallon Jr., a minimização de riscos de proteção insuficiente não justifica qualquer acréscimo do risco de excesso de proteção de direitos decorrente da atuação da jurisdição constitucional. Portanto, métodos que em alguma medida contribuam para proporcionar mais qualidade às decisões da jurisdição constitucional são importantes para legitimar a sua existência e, especialmente, o seu poder de anular atos legislativos. Por outro lado, métodos que de algum modo democratizem o procedimento judicial também teriam o mesmo efeito. Mas não

se pode perder de vista a necessidade de manutenção de uma perspectiva de análise própria da jurisdição constitucional que a justifique como uma instância suplementar de proteção de direitos fundamentais.

A incorporação de análises da realidade social relacionadas às premissas factuais dos atos legislativos cuja constitucionalidade seja posta em questão pode contribuir tanto para o incremento da qualidade das decisões como para a democratização do processo. Ao tornar mais evidente a função criativa dos juízes, o exame de fatos legislativos pode reduzir a dissociação entre poder e responsabilidade no âmbito da atividade jurisdicional e ao mesmo tempo prover informações importantes para que os juízes constitucionais possam decidir de modo mais consciente, refletindo tanto sobre a realidade social que a medida legislativa questionada busca atingir como os prováveis efeitos da própria medida questionada e de eventual decisão de invalidação total ou parcial. A maior vinculação entre poder e responsabilidade e o acréscimo de informações certamente contribuirão para decisões judiciais de mais qualidade, que sejam capazes de gerar efeitos sociais desejáveis num determinado contexto constitucional. Por outro lado, a busca de informações sobre a realidade social torna necessária a ampliação do debate em torno das questões constitucionais, incluindo técnicos de diversos campos e grupos sociais afetados. Além disso, a exposição das premissas factuais da decisão contribui para um maior debate público *a posteriori* sobre a correção e os efeitos da decisão. Daí se pode esperar maior democratização do processo. Finalmente, a consciência das premissas factuais da legislação e, principalmente, das dificuldades de decidir com base em informações imprecisas sobre a realidade, pode favorecer uma postura de maior deferência judicial às decisões legislativas.

Se tais suposições ou pelo menos parte delas estiverem corretas, é possível esperar que a incorporação de elementos extratextuais, especialmente considerações sobre a realidade social, às decisões em controle de constitucionalidade, desde que promovida de forma cuidadosa, contribua para decisões de melhor qualidade. Pode-se esperar isso porque decisões mais bem informadas tendem a ser melhores que decisões baseadas apenas em palpites.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitutional rights, balancing, and racionality*. Ratio Juris. v. 16, n. 2, p. 131-140. Jun. 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALFANGE, Dean Jr. *Relevance of Legislative Facts in Constitutional Law*. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 114, n. 5, Mar. 1966, pp. 637-679.

BORGMANN, Caitlin E. *Rethinking Judicial Deference to Legislative Fact-Finding*. Indiana Law Journal, Vol. 84, n. 1, 2009, pp. 1-56, Inverno.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *O Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUZBEE, William W.; SCHAPIRO, Robert A. *Legislative Record Review*. Stanford Law Review, Vol. 54, n. 1, pp. 87-162, Out. 2001.

DAHL, Robert A. *Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker*. Journal of Public Law. v. 6, 1957, p. 279-295.

DAVIS, Kenneth C. *An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process*. Harvard Law Review. Vol. 55, No. 3, Jan. 1942, pp. 364-425.

DAVIS, Peggy C. *"There is a Book Out...": An Analysis of Judicial Absorption of Legislative Facts*. Harvard Law Review, Vol. 100, N. 7, Abr. 1987, pp. 1539-1604.

DEVINS, Neil. *Congressional factfinding and the scope of judicial review: a preliminary analysis*. Duke Law Journal, Vol. 50, N. 5, Mar. 2001, pp. 1169-1214.

FAIGMAN, David L. *"Normative Constitutional Fact-Finding": Exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretation*. University of Pennsylvania Law Review. Vol. 139, No. 3, Jan. 1991, pp. 541-613.

FALLON, Richard H. Jr. *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*. Harvard Law Review, Vol. 121, N. 7, Mai. 2008, pp. 1693-1736.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

KARST, Kenneth L. *Legislative Facts in Constitutional Litigation*. The Supreme Court Review. Vol. 1960, 1960, pp. 75-112.

MONAHAN, John; WALKER, Laurens. *Judicial Use of Social Science Research*. Law and Human Behavior, Vol. 15, No. 6, Dez. 1991, pp. 571-584.

PAIVA, Paulo. *O processo constitucional e a tensão entre constitucionalismo e democracia: notas acerca do controle judicial dos fatos legislativos*. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (orgs.). Constitucionalismo e democracia. Salvador: JusPudivm, 2013, pp. 189-234.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RUBLIN, Amy. *The Role of Social Science in Judicial Decision Making: How Gay Rights Advocates Can Learn From Integration and Capital Punishment*

Case Law. Duke Journal of Gender Law & Policy, Vol. 19, N. 1, Outono 2011, pp. 179-222

SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. *Proportionality balancing and global constitutionalism*. Columbia Journal of Transnational law. v. 47, n. 1, 2008, pp. 72-164.

WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. The Yale Law Journal. v. 115, n. 6, abr. 2006, p. 1346-1406.

WOOLHANDLER, Ann. *Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts*. Vanderbilt Law Review, Vol. 41, N. 1, Jan. 1988, pp. 111-126.

DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE: ANÁLISE DO PRINCÍPIO ENUNCIADO NO JULGAMENTO DA ADPF 132 À LUZ DA TEORIA DE RONALD DWORKIN

Arthur de Oliveira Calaça Costa[46]

RESUMO: O presente trabalho visa a tratar das possibilidades de encarar como exigível o Direito à busca da felicidade à luz da teoria de Ronald M. Dworkin, nos termos em que foi tratado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ (ADPF 132), sobretudo do modo como o desenvolveu em seu voto o Ministro Celso de Mello. Neste sentido, é de se questionar se é exigível uma decisão judicial que venha a resguardar o referido direito, e se esta decisão pode ser justificada pelo princípio da busca pela felicidade no sentido que Dworkin atribui ao termo "princípio". Para isto, faz-se necessária uma preliminar incursão teórica a respeito da discricionariedade judicial, seguida pela proposta de Ronald Dworkin para, por fim, concluir pela impossibilidade de se exigir o direito à felicidade sob a ótica doutrinária desenhada pelo professor de Oxford.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição constitucional; Teoria Geral do Direito; Dworkin; ADPF 132; Direito à felicidade; princípios.

ABSRACT: This article intends to treat of the possibilities of facing the right to the pursuit of happiness as a demanding one under the light of Ronald Dworkin's theory, especially in the way such right has been presented in the ADPF 132/RJ by the Brazilian Federal Supreme Court Justice Celso de Mello. In such sense, the main issue is whether a decision which protects such right is something possible of being demanded by citizens and, therefore, if it can be justified by arguments of principle. In order to know so, a preliminar theoretical survey concerning judicial discretion presents itself as a necessary one, followed by a brief presentation of Dworkin's theory. Afterall, it is found the right to the pursuit of happiness is not a demandable one.

KEY-WORDS: Constitutional jurisdiction; Jurisprudence; Dworkin; ADPF 132; Law and happiness; principles.

[46] É graduando em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP (arthurcalaca_@hotmail.com).

INTRODUÇÃO

Os limites e possibilidades das decisões judiciais constituem tema de grande relevância e debate no cenário jurídico contemporâneo.

A ordem constitucional inaugurada pela Carta de 1988 introduziu um longo elenco de compromissos políticos. Dentre eles, os direitos fundamentais constituem tópico a que se dedica atenção especial: não são apenas normas programáticas, mas, em verdade, consistem em elementos vinculadores das atividades dos três Poderes[47].

Desta forma, não é de impressionar que o Poder Judiciário tenha tido participação expressiva na realização dos direitos fundamentais no exercício da jurisdição constitucional. Luís Roberto Barroso destaca que o advento do Estado Constitucional de Direito celebra novos paradigmas da interpretação constitucional, dentre os quais se destacam a força normativa dos princípios, a supremacia da Constituição e, consequentemente, a interpretação conforme à Constituição[48]. O então advogado menciona, ainda, o papel assumido pelo Poder Judiciário neste quarto final do século XX, consistente também em interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição[49].

No entanto, o ímpeto concretizador de direitos fundamentais, levado a cabo pela jurisdição constitucional, diversas vezes suscita questionamentos a respeito da legitimidade dos juízes para decidir questões de conteúdo eminentemente político, sobretudo nas situações em que o sistema normativo não fornece respostas para os casos a serem julgados, permitindo que o magistrado decida em um sentido ou em outro[50]. A atuação judicial instrumentalizada por uma metodologia baseada em normas pressupostas nos casos em que o juiz, diz-se, tem discricionariedade forte, tem provocado perplexidades na medida em que se afirma que, em hipóteses tais, o juiz age

---

[47] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 147 e segs.

[48] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 309 e segs.

[49] *Idem*, *Ibidem*, pp. 243 e segs.

[50] DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977, pp. 14 e segs.

como um legislador delegado, isto é, atua como se legislador fosse para decidir discricionariamente o caso concreto[51].

Logo, passa-se a indagar da legitimidade da atuação judicial nos casos difíceis, já que, no sistema democrático representativo, consagrado na ordem jurídica brasileira, a decisão de questões políticas é destinada à apreciação de órgãos legitimados pelo voto popular para tal[52].

Lenio Streck chama atenção para a necessidade do uso de critérios técnico-hermenêuticos para a atuação judicial. Em meio a outros temas, o eminente professor aponta constatações nos planos jurisprudencial e doutrinário do uso indiscriminado de princípios [53].

Neste contexto, chamou-nos atenção, em particular, do princípio da busca da felicidade. Embora seja um princípio de uso relativamente recente na jurisprudência brasileira, foi usado como fundamento no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 (ADPF 132) para justificar a decisão que afirmou a obrigatoriedade do reconhecimento do *status* de entidade familiar aos casais homoafetivos em regime de união estável, bem como os mesmos direitos e deveres dos companheiros em união estável heteroafetiva, desde que atendidos os mesmos pressupostos de reconhecimento desta última modalidade de união estável[54].

O uso do referido princípio na afirmação de direitos fundamentais naquela decisão – que, diga-se de passagem, foi aclamada no cenário político e jurídico – motivou-nos a investigar seriamente as possibilidades da busca da felicidade para a justificação de direitos individuais, sob a ótica fornecida pelas construções teóricas de Ronald Dworkin.

---

[51] *Idem*, *Ibidem*, pp. 81 e segs.

[52] HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 355.

[53] STRECK, Lênio Luiz. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto/c/1>. Acesso em: 15 Fev 2015.

[54] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 15 Fev 2015.

O autor norte-americano expõe, em seu *Taking Rights Seriously*, uma visão substancialista da Constituição, segundo a qual a resolução de casos difíceis se operaria não por intermédio de uma atuação judicial discricionária, mas por meio da identificação de princípios políticos que exigem uma decisão em um determinado sentido para o caso concreto em apreciação. Parte-se, portanto, de uma intencionalidade própria do direito vigente em uma comunidade de princípios para se proferir a decisão certa para o caso concreto.

Para tanto, faz-se necessária a explicação a respeito da superação do método positivista, por meio da narração da contenda entre Dworkin e Hart[55]. Em seguida, far-se-á a exposição da proposta de Dworkin para a superação do modelo metodológico baseado em normas pressupostas, para, por fim, realizar a análise do princípio da busca da felicidade nos termos em que foi tratada na ADPF 132 e aferir em que medida, para Dworkin, ele se mostraria adequado para justificar decisões que afirmam direitos fundamentais.

1. A SUPERAÇÃO DO MÉTODO POSITIVISTA: DWORKIN *VS*. HART[56]

Herbert Hart foi o mais sofisticado – e o último – dos grandes teóricos do positivismo jurídico. Sua concepção a respeito do fenômeno jurídico forneceu importantes subsídios a respeito dos modelos de normas e dos fundamentos da validade jurídica, em contraponto, sobretudo, às ideias de John Austin, que, dentre outros postulados, definia como nota característica do Direito o hábito de obediência a um soberano juridicamente ilimitado[57].

> A causa fundamental do fracasso é que os elementos a partir dos quais a teoria foi construída – a saber, as ideias de ordens, obediência, hábitos e ameaças – não incluem, e combinados não podem produzir, a ideia de uma *norma*, sem a qual não teremos

---

[55] HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

[56] A discussão teórica entre os notáveis filósofos ocupou um espaço de grande relevância na Teoria Geral do Direito, e um artigo não seria suficiente para discorrer a respeito de todas as suas implicações na remodelagem do pensamento jurídico. A divergência entre os autores será aqui explanada de forma breve, e suas consequências resumidas aos termos necessários ao desenvolvimento deste problema de pesquisa.

[57] *Idem, Ibidem*, p. 67.

> a esperança de elucidar nem sequer as formas mais elementares do direito[58].

Isso porque o hábito de obediência não é capaz de explicar, por exemplo, a continuidade legislativa: obedecer habitualmente a um soberano pressupõe um processo sociológico de legitimação política que, posteriormente, constituiria a base de uma relação de obediência – relação esta que não poderia ser simplesmente transmitida a um segundo soberano, pois o hábito por si só não outorga direitos nem cria poderes[59]. A continuidade legislativa se justificaria pela existência de leis válidas que estabelecessem o critério de sucessão do "direito de legislar"[60]. Para ele, "[a] normas são *constitutivas* do soberano, e não simplesmente coisas que deveríamos mencionar em uma descrição dos hábitos de obediência a ele"[61].

Além disso, a persistência das normas – outra característica do Direito – não pode ser explicada pelo habito de obediência. Segundo Hart, por maior que seja o esforço interpretativo, os fatores que justificam a persistência de uma norma editada há mais de 300 anos não podem ser outros que a) a validade da norma e sua respectiva eficácia jurídica, apoiadas em elementos do próprio ordenamento, e b) a aceitação da norma, no sentido de não-revolução que resulte no termo do ordenamento jurídico[62].

Ainda, Hart aponta que a ilimitabilidade do poder do legislador soberano não se faz necessária para que exista o direito, pois nos ordenamentos jurídicos em que a legislação ordinária se submete aos mandamentos constitucionais, o direito não deixa de ser reconhecido por ser limitado – formal e materialmente[63].

Por fim, aponta uma crítica a outro aspecto relacionado à natureza das normas, explicando a insuficiência do apoio em ameaças para caracterizar o direito:

> [...] [F]icou claro que, conquanto a lei penal – que proíbe ou impõe determinados atos sob ameaça de punição – dentre todas

[58] *Idem, Ibidem*, p. 105.
[59] *Idem¸ Ibidem*, pp. 66 e segs.
[60] *Idem, Ibidem*, p. 98.
[61] *Idem, Ibidem*, p. 100.
[62] *Idem, Ibidem*, pp. 81 e segs.
[63] *Idem, Ibidem*, pp. 94 e segs.

> as formas do direito seja a que mais se pareça com as ordenas apoiadas por ameaças dadas por uma pessoa às outras, ela difere dessas ordens sob o aspecto importante de que normalmente se aplica também àqueles que a editam, e não apenas a terceiros. Em segundo lugar, especialmente as que outorgam poderes jurídicos para exarar decisões ou legislar (poderes públicos) ou para criar ou modificar relações jurídicas (poderes particulares) – modalidades essas que não podem, por absurdo, ser assimiladas às ordens apoiadas por ameaças.[64]

Neste sentido, Hart propõe a utilização de duas espécies de normas para a orientação de nossa visão acerca do direito, como um sistema composto por a) normas primárias, que obrigam ou vedam alguma conduta, e b) normas secundárias, que definem os procedimentos e critérios para se inserir novas normas primárias no ordenamento, e estabelecem poderes, direitos e deveres[65].

Hart desenvolve o conceito de normas secundárias como modelos de regras destinados a sanar problemas existentes em uma comunidade dita primitiva, em que o direito se constituiria com base nas relações familiares e afetivas e na sedimentação da prática cultural[66]. A partir da crescente complexidade das relações intersubjetivas, surgiriam problemas relativos à incerteza a respeito do âmbito de aplicação das normas, à natureza estática das regras e à "ineficácia da pressão social difusa" para impor sanções e promover o restabelecimento da ordem jurídica quando esta fosse violada[67].

Assim, para solucionar o problema da ineficácia da pressão social, desenvolve-se o conceito de "normas de julgamento"[68]; para o problema do

---

[64] *Idem, Ibidem*, pp. 103-4.

[65] "As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidências, ou ainda, ou ainda controlar sua aplicação". *Idem, Ibidem*, p. 105.

[66] *Idem, Ibidem*, pp. 122 e segs.

[67] *Idem, Ibidem*.

[68] As normas de julgamento conferem poderes para a aferição da violação a normas jurídicas a determinadas autoridades e *status* especial às declarações advindas destas autoridades, bem como fixam normas de competência e procedimentos de julgamento. Todavia, há de se destacar que, segundo Hart, "[...] a norma que conferir jurisdição será também uma norma de reconhecimento, que identificará as normas primárias por meio dos julgamentos dos tribunais, e esses julgamentos se tornarão fonte do direito." (*Idem, Ibidem*, p. 126).

caráter estático do ordenamento, as “normas de modificação”[69]; e para o problema da incerteza, a “norma de reconhecimento”.

As normas de reconhecimento determinam o critério de pertencimento de uma norma ao ordenamento jurídico, que permite a identificação de uma norma como pertencente a um ordenamento jurídico. São o seu *pedigree*[70]. São elas, portanto, que introduzem as ideias de validade e de sistema no ordenamento jurídico[71].

Entretanto, os critérios de validade são, segundo Hart, mais complexos do que o mero atendimento a um determinado procedimento de elaboração. Ele constata, as normas de reconhecimento seriam constituídas por uma prática social complexa, em que juízes e cidadãos, de modo geral, aceitariam certos elementos, tais como leis, precedentes, costume – dentre outros – como capazes de identificar normas primárias como pertencentes ao ordenamento jurídico[72]. Neste sentido, a norma de reconhecimento é tida como uma norma de caráter supremo (*ultimate rule*)[73]. Todavia, em não havendo um critério *a priori* de hierarquização destes elementos que compõem a norma de reconhecimento – e, portanto, não havendo, nestes termos, obrigação do magistrado em eleger tal ou qual critério – a determinação da validade das normas depende do que Hart chama de “aspecto interno”, isto é, da aceitação, por parte das autoridades e dos indivíduos de uma comunidade, daquela norma como algo pertencente ao sistema. Por isso, a norma de reconhecimento “só existe como uma prática complexa, embora normalmente harmoniosa e convergente, que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades

---

[69] As normas de procedimento, por sua vez, cuidam da introdução e extinção de normas primárias do sistema, bem como do procedimento legislativo. No entanto, Hart chama atenção para o fato de que “[h]averá, evidentemente, uma ligação muito estreita entre as normas de modificação e as normas de reconhecimento, pois, quando existirem as primeiras, as últimas deverão necessariamente incorporar uma referência à atividade legislativa como um traço identificador das normas [...].” (*Idem, Ibidem*, p. 124).

[70] *Idem, Ibidem*, p. 122.

[71] *Idem, ibidem*, p. 123.

[72] *Idem, Ibidem*, p. 130.

[73] *Idem, Ibidem*, p. 136.

e indivíduos privados por meio de referência a determinados critérios. Sua existência é uma questão de fato."[74]

Assim, nos casos em que a textura aberta das normas não determinar ao intérprete que decida em um sentido ou em outro, mas, de outro modo, permitir que decida em mais de um sentido possível, "a autoridade encarregada de estabelecer as normas deve evidentemente exercer sua discricionariedade, e não há possibilidade de tratar a questão levantada pelos vários casos como se pudesse ser resolvida por uma única solução correta *a priori*", exigindo que "obedeçam a um padrão variável *antes* que ele tenha sido oficialmente definido, e pode ocorrer que só *ex post facto* o tribunal os informe de que violaram um padrão cujo cumprimento lhes era exigido em matéria de atos ou abstenções específicos"[75]. Por isso,

> mesmo que admitamos todas as objeções para as quais chamamos a atenção, a teoria se reduz à tese de que, no que diz respeito aos tribunais, nada existe que limite a área da textura aberta, de modo que é falso, senão insensato, considerar que os próprios juízes são sujeitos a normas ou "obrigados" a decidir as causas como o fazem.[76]

Dworkin, contudo, não corrobora com o posicionamento do filósofo inglês.

O filósofo norte-americano explica que a tese positivista não se mostra apta a fornecer respostas satisfatórias aos problemas envolvendo os casos difíceis (*hard cases*)[77]. O positivismo jurídico, segundo Dworkin, é um sistema de regras segundo o qual estas, para serem reputadas válidas, devem atender a certos requisitos de validade – que, para Hart, são as normas de reconhecimento[78].

No entanto, Dworkin chama atenção para o fato de que "[s]e a regra de reconhecimento ["*master rule*"] simplesmente afirma que quaisquer outras regras que a comunidade aceitar como juridicamente vinculantes são

---

[74] *Idem, Ibidem*, p. 142.
[75] *Idem, Ibidem*, p. 172.
[76] *Idem, Ibidem*, p. 179.
[77] "Positivism, on its own thesis, stops short of just those puzzling, hard cases that send us to look for theories of law. When we read these cases, the positivism remits us to a doctrine of discretion that leads nowhere and tells nothing" (*Idem, Ibidem*, pp. 44-5).
[78] *Idem, Ibidem*, p. 17.

juridicamente vinculantes, então ela não fornece qualquer teste [de reconhecimento]"[79]. Desta forma, em uma leitura pragmática, não se pode ter a regra de reconhecimento como critério de validade do ordenamento jurídico, pois a validade das demais regras dependeria da aceitação da regra de reconhecimento[80].

Além deste, o postulado da discricionariedade também é negado por Dworkin. Ele afirma que a assertiva geral do positivismo de que os juízes possuem discricionariedade reside em uma ambiguidade quanto a este termo[81]. Discricionariedade em seu sentido forte, quando o sistema de regras não fornece respostas ao juiz – permitindo que ele decida em um sentido ou em outro – não existe no direito, segundo Dworkin[82]. Nos casos difíceis (*hard cases*), o direito não deixa de contemplá-lo com uma resposta certa, orientada por políticas[83] e justificada por "princípios políticos" vigentes em uma comunidade de princípios e imersos nas instituições, que deverão ser identificados pelo juiz para que este tome a decisão correta no caso concreto.

Existe uma diferença entre princípios e regras, para Dworkin, que é de natureza lógica: as regras se aplicam na modalidade tudo-ou-nada (*all-or-nothing*)[84] e determinam resultados quando concretizadas as condições

---

[79] "[...] [I]f the master rule says merely that whatever other rules the community accepts as legally binding are legally binding, then it provides no test at all [...]" (*Idem, Ibidem*, p. 42).

[80] *Idem, Ibidem*, p. 43.

[81] Dworkin explica que existem dois sentidos fracos para discricionariedade, sendo um em que "os padrões que uma autoridade deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, exigindo o uso de um juízo", como no caso em que é ordenado a um sargento que "escolha cinco soldados que considere os mais experientes", e outro em que a decisão proferida por uma autoridade não pode ser revista por nenhuma autoridade superior, como no caso de uma decisão proferida pela Suprema Corte. (*Idem, Ibidem*, pp. 31-34). Além destes dois sentidos, há um sentido forte, que será explicado no texto.

[82] Salvo em casos excepcionais: Dworkin fala que em casos pontuais, como nas sentenças criminais que fixam uma pena dentro de limites máximo e mínimo, ou naquelas em que o juiz formula uma soltura sob uma jurisdição de equidade. No mais, a discussão entre juízes é a respeito de que princípios são obrigatórios ou proibidos de serem observados no caso concreto, ou quais seus respectivos pesos (*idem, ibidem*, p. 71).

[83] "Eu chamo de 'política' aquele tipo de parâmetro que estabelece uma meta a ser alcançada, geralmente uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade" (*Idem, Ibidem*, p. 22) Trad. livre.

[84] *Idem, Ibidem*, p. 24.

previstas, enquanto “os princípios não estabelecem consequências jurídicas que se espraiam automaticamente quando as condições necessárias se perfazem”[85]; além desta, os princípios possuem outra dimensão que não é atribuída às regras: princípios têm peso em relação uns aos outros, que estabelecem uma ordem de aplicação para a justificação de direitos políticos[86].

Princípios, para Dworkin, são “enunciados **a serem observados pelos intérpretes** porque são uma exigência de justiça, justeza ou de outra dimensão da moralidade”[87] (grifei). Logo, são enunciados normativos, e, neste sentido, vinculantes. É desta afirmação que se extrai o contraponto ao argumento positivista que afirma não estar o juiz obrigado a decidir em um determinado sentido nos casos difíceis[88].

Dworkin afirma que esse postulado se baseia em uma assunção de filosofia moral segundo a qual “deveres não podem ser controversos em princípio”[89]. No entanto, o professor de Oxford ressalta que “tal assertiva é, no mínimo, questionável. Não se enquadra no modo como usamos o conceito de dever na argumentação moral”[90].

Em suma, nos casos difíceis, o juiz não se encontra livre para escolher de que maneira decidir, exercendo conscienciosamente sua discricionariedade para escolher qual dentre as decisões possíveis deveria ser proferida, mas está vinculado a princípios de moralidade política vigentes na comunidade de princípios em que exerce a jurisdição e que jazem nas instituições do Estado em que atua, a suas dúvidas dizem respeito a que princípios o juiz deve observar para proferir a decisão correta para o caso concreto[91]. Em *Riggs vs. Palmer*[92], a Corte de Nova York não se eximiu de negar o direito de herança ao neto que

---

[85] “Even those which look most like rules do not set legal consequences that follow automatically when the conditions provided are met” (*Idem, Ibidem*, p. 25) Trad. livre.

[86] *Idem, Ibidem*, p. 26-7.

[87] “I call a ‘principle’ a standard that is to be observed [...] because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality” (*Idem, Ibidem*, p. 22) Trad. livre.

[88] *Idem, Ibidem*, p. 17.

[89] *Idem, Ibidem*, p. 63. Trad. Livre.

[90] *Idem, Ibidem*.

[91] *Idem, Ibidem*, pp. 46 e segs.

[92] 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

assassinou seu avô, pois, a despeito de existirem disposições estatutárias que garantissem ao neto tal direito, o tribunal se encontrava vinculado ao princípio de que ninguém deve se beneficiar de sua própria torpeza: este princípio *exigiu* que a decisão fosse tomada neste sentido[93].

Daí não decorre que os princípios determinam consequências jurídicas e devem ser aplicados indiscriminadamente sobre regras que os contrariem: como já afirmado, os princípios, ao contrário de regras, possuem uma dimensão de peso em relação uns aos outros, o que significa não apenas que nem todos os princípios podem em qualquer hipótese ser aplicados sobre regras, mas que uns princípios o podem mais do que outros[94].

Também não se conclui dessa exposição que não existirão controvérsias a respeito da aplicação de princípios[95]. Na verdade, Dworkin constata que os juízes frequentemente discutem para tomar decisões em casos difíceis, mas não sobre como devem exercer sua discricionariedade, e sim sobre a que princípios eles se encontram vinculados para proferir aquela decisão[96].

Neste sentido, os princípios não obedecem a critérios de validade como observância a um procedimento legislativo, a um costume ou a um reconhecimento jurisprudencial, pois sua origem "jaz não na decisão de uma legislatura ou de um tribunal, mas no seu senso de adequação, desenvolvido na prática profissional e pública ao longo do tempo. Seu poder contínuo depende

---

[93] *Idem, Ibidem,* p. 23.

[94] "Quando, então, a um juiz é dado mudar a existência de uma regra de direito? Primeiro, é necessário, ainda que não suficiente, que o juiz entenda que esta mudança prestigie algum princípio, o qual justificaria a mudança. [...] Mas nem todo princípio vai justificar uma mudança, senão nenhuma regra estaria a salvo. Tem de haver alguns princípios que possam e outros que não possam, e tem de haver alguns princípios que possam mais do que outros. [...] Segundo, qualquer juiz que se proponha a mudar uma doutrina existente tem de estar ciente de alguns parâmetros importantes que se opõem à quebra de paradigmas de regras estabelecidas. Eles incluem a doutrina da 'legislatura suprema', um rol de princípios que exigem que as cortes prestem uma deferência qualificada aos atos da legislatura. Eles também incluem a doutrina dos precedentes, outro rol de princípios que refletem as equidades e eficiências da consistência" (*Idem, Ibidem,* p. 37) Trad. Livre.

[95] *Idem, ibidem,* p. 36.

[96] As discussões a respeito do dever dos juízes de observância à legislação ou aos precedentes são dessas natureza: têm relação não com uma mera prática social de reconhecimento, mas com o princípio democrático, que vincula a atuação das entidades institucionais.

da manutenção deste senso de adequação"[97]. Assim, não é possível aplicar aos princípios qualquer teste de *pedigree*, ou de reconhecimento.

Ademais, não é possível elaborar um catálogo de todos estes princípios: "nossa lista estaria obsoleta antes que chegássemos à sua metade"[98] – razão esta por que também não é possível simplesmente adaptar o positivismo para incluir os princípios. O que se afirma é que as decisões em casos difíceis deverão ser justificadas por princípios como aquele usado em *Riggs vs. Palmer*. Tais decisões serão obtidas a partir da identificação destes princípios, e, portanto, a partir de uma intencionalidade própria do direito.

Neste sentido, Hart afirma que seria possível, sem prejuízo da teoria positivista, adequá-la para incluir os princípios[99]. Para ele, nada impede que os princípios possam ser reconhecidos por critérios do sistema, como a norma de reconhecimento[100]. Não só isso: para Hart, "para identificar princípios jurídicos [...], a norma de reconhecimento é necessária"[101]. No entanto, percebe-se que, neste ponto, não existe mais diálogo[102].

Dworkin e Hart já não se comunicam. Os princípios não podem ser trabalhados em um esquema de normas pressupostas. O positivismo é insuficiente para lidar com esses novos panoramas.

---

[97] "The origin of these as legal principles lies not in a particular decision of some legislature or court, but in a sense of appropriateness developed in the profession and the public over time. Their continued power depends upon this sense of appropriateness being sustained" (*Idem, Ibidem*, p. 40) Trad. Livre.

[98] *Idem, Ibidem*, p. 44.

[99] HART. H. L. A. *Op. Cit.*, p. 335.

[100] *Idem, Ibidem*, p. 341.

[101] *Idem, Ibidem*, p. 343.

[102] O que é de suma importância observar é que Hart, muito embora estruture seu pensamento em uma estrutura positivista, compreendendo o direito como sistema de regras cuja validade seja possível aferir por meio de critérios pré-fixados (*pedigree*), rompe com essa mesma forma de pensamento – e Dworkin tem essa percepção. Os princípios políticos, dessa forma, são elementos normativos concebidos em determinados contextos histórico-político-sociais, impassíveis de terem sua validade avaliada previamente por meio de algum critério pré-estabelecido pelo ordenamento jurídico.

2. A PROPOSTA DE DWORKIN: *THE RIGHTS THESIS*[103]

Dworkin afirma que os juízes se encontram sujeitos à *doutrina da responsabilidade* (*responsibility doctrine*)[104]. Esta doutrina exige que os juízes – e demais instituições políticas – "somente tomem uma decisão de acordo com uma teoria política segundo a qual possam também justificar suas decisões futuras"[105].

Além disso, o professor afirma que, nos casos difíceis, o magistrado deve se ater a proferir decisões justificadas por argumentos de "princípio político" (*principle*), e não por argumentos de "política" (*policy*). Isso porque os argumentos de princípio político, por serem enunciados que refletem uma exigência de justiça em uma dada comunidade, impõem-se ao juiz, exigem dele uma decisão neste sentido – no caso concreto e em casos semelhantes futuros, vinculando-o – com o fito de prestigiar direitos políticos individuais ou de um grupo, enquanto os argumentos de política permitem que o juiz profira uma decisão afirmando simplesmente que ela promove um progresso em direção ao alcance de certo objetivo coletivo, sem se encontrar vinculado a esta mesma política para decidir casos futuros semelhantes. Dworkin ressalta que os juízes sequer dispõem, via de regra, dos critérios técnicos necessários para se saber se uma determinada decisão promove o alcance de um objetivo social ou não[106].

Por outro lado, nem todos os direitos deverão ser prestigiados, nem mesmo todo e qualquer princípio político será capaz de exigir uma decisão. Direitos, para Dworkin, são objetivos políticos individuais ou de um grupo – e não coletivos, sociais, não-individuais, como o são as políticas (*policies*) – "que

---

[103] A "tese dos direitos" é a teoria política elaborada por Dworkin para, em respeito à doutrina da responsabilidade (*responsibility doctrine*), justificar as decisões judiciais proferidas por um órgão jurisdicional (no caso, o juízo hipotético em que Hércules exerce a jurisdição). A tese dos direitos deve a) demonstrar como a diferença entre argumentos de princípio e de política deve ser mantida entre argumentos de "caráter" e "detalhe" que figuram na argumentação jurídica, b) definir um papel para os precedentes e para a história institucional, e c) demonstrar que o fato de juízes terem de fazer julgamentos de moralidade política para decidir quais são os direitos dos litigantes não a fragiliza. (DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*, p. 88-9).

[104] *Idem, Ibidem*, p. 87.

[105] *Idem, Ibidem*. Trad. Livre.

[106] *Idem, Ibidem*, pp. 81 e segs.

detenham certo patamar de peso contra metas coletivas em geral" e que "não possam ser derrotados por apelo a qualquer meta ordinária rotineira da administração política, mas somente por uma meta de especial urgência"[107].

Os direitos, por sua vez, são classificados em abstratos[108] e concretos[109]; preferenciais e institucionais[110].

Suponhamos que se diga que as pessoas têm direito à propriedade. Digamos, ainda, que todo homem tem direito à propriedade do outro se dela precisar mais que o proprietário. São enunciados de direitos abstrato e preferencial, respectivamente. Nestes termos, o juiz não pode reconhecer a um grupo de desabrigados o direito de invadir o terreno de alguém e ali se estabelecerem sob o pretexto de que têm direito à propriedade, seja no plano meramente abstrato, seja no plano preferencial: não se pode reconhecer direitos abstratos em uma situação concreta, que pressupõe a existência de conflitos entre direitos. Além disso, nenhuma instituição garante aos desabrigados um direito dessa natureza – sequer um direito à edição de uma legislação que estabeleça um direito desta natureza[111].

Dizemos que alguém tem um direito institucional quando um indivíduo detém o direito ao uma decisão específica proferida por uma

---

[107] *Idem, Ibidem*, p. 92. Trad. Livre.

[108] "Um direito abstrato [*abstract right*] é uma meta política genérica que não diz como deve ser sopesada ou comprometida em circunstâncias particulares contra outras metas políticas. Os grandes direitos da retórica política são, neste sentido, abstratos. Políticos falam de um direito à liberdade de expressão ou dignidade ou equidade, sem sugerir que esses direitos sejam absolutos, mas sem qualquer tentativa de sugerir qualquer impacto em situações sociais complexas" (*Idem, ibidem,* p. 93) Trad. Livre. Frise-se, o termo "sopesadas", aqui, não guarda nenhuma relação com a ponderação na teoria de Alexy (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1993).

[109] "Direitos concretos [*concrete rights*], por sua vez, são metas políticas que são mais precisamente definidas, a fim de expressar de forma mais definida o peso que eles têm contra outras metas políticas em situações particulares. Suponhamos que eu diga, não simplesmente que os cidadãos têm direito à liberdade de expressão, mas que um jornal tem o direito de publicar planos de defesa reputados como secretos, desde que essa publicação não crie um perigo físico imediato para as tropas" (*Idem, Ibidem*). Trad. Livre.

[110] Direitos preferenciais (*background rights)* "fornecem uma justificação para decisões políticas tomadas pela sociedade no plano abstrato"; direitos institucionais (*institutional rights*) "fornecem uma justificação para uma decisão por alguma instituição política específica" (*Idem, Ibidem*) Trad. Livre.

[111] *Idem, Ibidem*.

instituição política[112]. Ninguém poderá afirmar um direito institucional por meio de um apelo direto à moralidade[113]. Existirá uma instituição quando existirem regras que estabeleçam direitos concretos, isto é, que os definam concretamente – no sentido aqui fixado para este termo.

Neste sentido,

> A tese dos direitos provê que os juízes decidem casos difíceis pela confirmação ou negação de direitos concretos. Mas os direitos concretos em que os juízes se apoiam devem ter duas outras características. Eles devem ser direitos institucionais e não preferenciais, e eles devem ser jurídicos em detrimento de qualquer outra forma de direitos institucionais[114].

Dworkin afirma que direitos institucionais se fazem presentes em diversos tipos de instituições. Em certos casos, dispomos de leis que se mostram autônomas, isto é, bastam a si mesmas para o estabelecimento de direitos concretos: não dependem de qualquer auxílio interpretativo para que delas se extraiam direitos institucionais.

No entanto, raramente isso acontece. As leis, em sua maioria, não são autônomas, e seu texto não é suficiente para se afirmar a existência de direitos institucionais.

Dworkin relata que até em instituições mais simples existem casos difíceis como aqueles com que nos deparamos ao interpretar as leis. Até mesmo no jogo de xadrez, em que as regras são de natureza muito mais simples que as do Direito, podem existir situações em que o árbitro pode se ver em apuros para aferir se existe um direito ou não.

Dworkin nos dá como exemplo a regra que estabelece que deve ser punido com a expulsão do jogo aquele jogador que importunar desarrazoadamente seu oponente. Nestes termos, sorrir continuamente para o adversário, de modo a lhe tirar a concentração, seria uma importunação desarrazoada que exigiria aquela punição?

Segundo o filósofo norte-americano, o árbitro deve buscar compreender o "caráter do jogo" (*game's character*) para decidir se aquilo foi ou não uma conduta desarrazoada. Para isso, o árbitro deve fazer perguntas do

---

[112] *Idem, Ibidem*, p. 93.
[113] *Idem, Ibidem*, p. 101. Trad. Livre.
[114] *Idem, Ibidem*, p. 101. Trad. Livre.

tipo *O xadrez é um jogo de sorte ou de estratégia? Sendo um jogo de estratégia, o xadrez requer do jogador tão só capacidade intelectual ou também uma capacidade de concentração e controle emocional?*

Além de formular estas perguntas, o árbitro, para encontrar a resposta certa, deve estar atento ao consenso vigente na comunidade dos jogadores de xadrez a respeito da regra da importunação desarrazoada. O que os jogadores concordaram em aceitar como aquilo que estabelece a regra da importunação desarrazoada? O que, para essa comunidade, é uma importunação desarrazoada que exija a punição de um jogador que a pratique?[115]

É neste sentido que o juiz, nos casos difíceis, deve se dirigir para encontrar as respostas corretas. Os princípios que jazem sob os estatutos e aqueles que jazem sob os precedentes, bem como a história institucional, desempenham o papel de ajudar o juiz a entender o caráter do jogo.

Dessa forma, para buscar as soluções corretas para os casos difíceis, Hercules – o juiz hipotético – deverá criar uma teoria política, orientando-se pelos direitos jurídicos dos indivíduos dispostos nos **estatutos** e nos **precedentes**, para, a partir da identificação dos princípios imersos nos estatutos e do consenso presente na comunidade política, extrair a decisão certa, isto é, moralmente justificável[116], para os casos difíceis.

Sua teoria política deverá ser capaz de fornecer os elementos em que se basearam as decisões tomadas na história institucional do Estado em que Hercules é juiz, bem como deverá ser com base nela que Hercules justificará suas decisões futuras. Sua teoria política deverá contemplar todas as decisões deste modo justificadas, ou seja, seria – se possível fosse – o rol de princípios políticos vinculantes das decisões institucionais.

[115] *Idem, Ibidem*, pp. 105 e segs.

[116] É de bom alvitre recordar que *moral*, aqui, não é a moral individual, mas a moralidade política constituída pela prática institucional em uma comunidade política. É por meio da observância dos princípios vigentes na moralidade político-institucional que Hercules traçará uma linha de coerência entre as decisões que proferir, conferindo integridade ao sistema. (*vide* DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, pp. 213 e segs.).

Para a interpretação dos estatutos, Hercules fará uso, antes de tudo, da interpretação teleológica para aferir quais políticas o legislador visou a atender com aquele estatuto. Ressalte-se que a interpretação teleológica servirá para orientar a decisão de Hercules, a qual ele não poderá justificar com base no argumento de política extraído da interpretação teleológica do estatuto: a interpretação teleológica servirá tão-só para que o juiz compreenda o "caráter do jogo". Além das políticas visadas pelo legislador, Hercules terá de identificar também os princípios imersos no estatuto interpretado, não só para compreender o caráter do jogo, mas também para justificar sua decisão[117].

Para a interpretação dos precedentes, Hercules deverá estabelecer critérios para aferir, dentre eles, quais têm **força gravitacional** (*gravitational force*), isto é, vinculam o juiz à sua aplicação em casos futuros, e quais têm força meramente sancionatória, isto é, não vincula o juiz às próximas decisões. A força gravitacional dos precedentes decorre do princípio de que casos semelhantes devem ser decididos de forma semelhante; no entanto, somente aqueles precedentes justificados por argumentos de princípio político exercerão força gravitacional, devendo ser atribuída força meramente sancionatória aos precedentes justificados por argumentos de política[118].

É importante ter em mente, também, que a aplicação dos precedentes se orienta para o futuro: um precedente que tenha sido suplantado por outro mais recente ou por uma decisão estatutária não exercerá força gravitacional para os casos futuros[119].

Hercules perceberá, no entanto, que muitas vezes traçar uma linha de coerência entre os precedentes é tarefa de complicadíssima realização – se não impossível. Isso porque muitos serão contraditórios, e não poderão ser incluídos em uma mesma teoria política, por não haver coerência entre eles. Para estes casos, Hercules desenvolverá uma **teoria dos erros institucionais**, em que fixará critérios para elencar como erros – e, consequentemente, negar força

---

[117] *Idem, Ibidem*, pp. 105-9.
[118] *Idem, Ibidem*, pp. 110-15.
[119] *Idem, Ibidem*.

gravitacional a – precedentes que não se orientem pelos princípios políticos que forneçam a melhor decisão para o caso concreto em exame[120].

Aí que está a descomunal engenhosidade envolvida pelo trabalho de Hercules – e daí vem o nome que Dworkin atribuiu ao seu magistrado hipotético: a teoria política que Hercules deveria desenvolver para extrair fundamento para suas decisões futuras deveria incluir todo o rol de princípios políticos e políticas que justificaram as decisões institucionais – leia-se, estatutos e precedentes – ao longo de toda a história institucional da comunidade em que Hercules atua. Não só isso, mas Hercules também deve ter, nos casos concretos, a aptidão de captar em uma plural e diversificada comunidade política aquele princípio político que o vincula a decidir em um determinado sentido e transcrevê-lo para o mundo jurídico para justificar sua decisão[121].

De fato, não é tarefa simples ser Hercules, pois, antes de mais nada, Dworkin não fornece um procedimento para a captação de tais princípios. Diz-se, antes, que Dworkin fornece uma visão substancialista da Constituição.

3. O DIREITO À FELICIDADE NA ADPF 132[122]

Nesta ação, reconheceu-se que à união estável entre casais homoafetivos seriam reconhecidos os mesmos efeitos da união estável heteroafetiva, desde que atendidos os pré-requisitos desta[123]. Naquela decisão, a despeito do expresso no art. 226, § 3.º[124], o STF procedeu a uma leitura moral

---

[120] *Idem, Ibidem*, p. 118-123.

[121] *Idem, Ibidem*, p. 117.

[122] Por todos os votos, o do Ministro Celso de Mello foi selecionado como representante dos demais. *Data venia*, o referido voto foi aquele que com mais esmero e erudição tratou o direito à felicidade, dedicando um tópico exclusivo a este princípio que abarca os argumentos usados pelos demais Ministros em defesa do mesmo princípio.

[123] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Voto do Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 15 Fev 2015.

[124] Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

da Constituição, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, III da Carta Magna.

No entanto, em meio aos fundamentos apresentados pelos eminentes ministros, um em particular chamou atenção. Era o princípio do direito à busca pela felicidade.

O Direito à Felicidade (*Law and Happiness*) é uma corrente teórica ligada ao Direito Constitucional que vem ganhando corpo em universidades dos Estados Unidos e na Europa – e, mais recentemente, no Brasil.

Dentre os precursores brasileiros desta vertente, destaca-se o professor Saul Tourinho Leal. Em seu estudo "Direito à felicidade"[125], ele explica que suas raízes teóricas podem ser encontradas no utilitarismo de John Stuart Mill.

O professor piauiense ressalta que, para o filósofo inglês, a felicidade teria sua configuração na liberdade e na igualdade: liberdade, pela capacidade de autodeterminação direcionada à realização de seus próprios desideratos, pela condução da vida segundo suas preferências no sentido da auto realização; e igualdade, no sentido de empatia transindividual, isto é, como o sentimento de reconhecimento e afeto pelo outro. Tais elementos seriam, para Mill, os principais constituintes da felicidade dos indivíduos[126].

A busca pela felicidade, todavia, encontraria limites. Embora, como Jeremy Bentham, Mill compreendesse que as decisões políticas deveriam ser tomadas no sentido de aumentar a felicidade da maior quantidade possível de indivíduos – isto é, da maioria dos indivíduos – em uma sociedade, a busca da felicidade encara como obstáculo a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, prega-se, por exemplo, a vedação aos prazeres sádicos, uma forma desvirtuada de felicidade que não estaria acobertada por este direito; tal vedação, por sua vez, serviria de escudo contra aqueles abusos.

[...]§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável *entre o homem e a mulher* como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (grifei)

[125] LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade**. Rio de Janeiro: Saul Tourinho Leal, 2014.

[126] *Idem, Ibidem*, pp. 125 e segs.

No mesmo sentido, Leal narra que John Rawls alerta para as consequências deletérias do excessivo comprometimento com os objetivos particulares, “a depender do que componha tais planos [egoístas, fanáticos ou messiânicos] ou da paixão atribuída aos objetivos que possibilitam alcançar a felicidade”[127]. Por isso, Leal fala na construção de “projetos racionais”, e apresenta como conceito do direito à felicidade “o direito a planejar e dar execução a um projeto racional de satisfação de preferências ou desejos legítimos, considerando, nessa tarefa, chances de êxito”[128].

Pois bem.

Nos termos do voto do Min. Celso de Mello, o princípio da busca da felicidade é um princípio constitucional implícito, corolário da dignidade da pessoa humana. Para ele, quando o Congresso se omitiu na disciplina normativa a respeito da união estável entre casais homoafetivos, houve um ataque ao princípio da busca pela felicidade, pois restaram maculados os direitos fundamentais deste grupo de indivíduos.

Assim, o decano afirma que

> [n]esse contexto, o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais[129].

O Ministro ressalta, por fim, que o direito à busca da felicidade corresponde a prerrogativa fundamental inerente a todo ser humano, cuja origem remonta à Declaração de Independência de 1776, e cujo enaltecimento se verificou em diversos julgados da Suprema Corte norte-americana[130]. Além

---

[127] *Idem, Ibidem,* p. 324.

[128] *Idem, Ibidem,* pp. 324-5.

[129] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Voto do Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 15 Fev 2015.

[130] “Desnecessário referir a circunstância de que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América tem aplicado esse princípio em alguns precedentes – como In Re Slaughter-House Cases (83 U.S. 36, 1872), Butchers’ Union Co. v. Crescent City

disso, o direito à busca da felicidade encontra-se consagrado nos textos da Constituição do Japão, na Constituição de França e na jovem Constituição do Butão[131].

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na leitura realizada pelo Ministro Celso de Mello, o direito à busca da felicidade seria decorrente da dignidade da pessoa humana, que se encontra consagrado no art. 1º, III. Do mesmo modo, encontra-se positivado em diplomas normativos estrangeiros, e foi recebido também em outras decisões proferidas no âmbito do STF (*vide* ADI 3.300-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – STA 223-AgR/PE, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.). É de se admitir que há precedentes da Suprema Corte do Estado brasileiro em que o direito à felicidade figura como fundamento e é apresentado como princípio justificador da decisão tomada.

No entanto, tais precedentes, sob a ótica da teoria de Dworkin, não seriam dotados de força gravitacional. Isso porque sequer teriam preferência para justificar decisões jurídicas, dado que não pressupõem uma resolução de conflito entre princípios no plano concreto. O direito à busca da felicidade se apresenta como um direito abstrato na referida decisão.

Pode-se dizer que, mesmo afirmando o direito à busca da felicidade "em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais"[132], seria um salto demasiadamente

---

Co. (111 U.S. 746, 1884), Yick Wo v. Hopkins (118 U.S. 356, 1886), Meyer v. Nebraska (262 U.S. 390, 1923), Pierce v. Society of Sisters (268 U.S. 510, 1925), Griswold v. Connecticut (381 U.S. 479, 1965), Loving v. Virginia (388 U.S. 1, 1967), Zablocki v. Redhail (434 U.S. 374, 1978), v.g. -, nos quais esse Alto Tribunal, ao apoiar os seus "rulings" no conceito de busca da felicidade ("pursuit of happiness"), imprimiu-lhe significativa expansão, para, a partir da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, estendê-lo a situações envolvendo a proteção da intimidade e a garantia dos direitos de casar-se com pessoa de outra etnigarantia dos direitos de casar-se com pessoa de outra etnia, de ter a custódia dos filhos menores, de aprender línguas estrangeiras, de casar-se novamente, de exercer atividade empresarial e de utilizar anticoncepcionais." *Idem, Ibidem.*

[131] *Idem, Ibidem.*

[132] *Idem, Ibidem.*

longo afirmar a sua natureza concreta. Não é possível aferir desta proposição normativa quais seriam os seus limites e qual sua dimensão em relação aos princípios conflitantes, isto é, em que medida ele prevaleceria sobre outros princípios incidentes no caso concreto.

Talvez pudesse aqui ser sugerido, como um princípio concreto vinculante neste caso concreto, aquele que afirma não ser justificável uma distinção entre casais homoafetivos e heteroafetivos com base na preferência sexual que impeça aqueles de, no contexto político de proteção das liberdades individuais, levar a cabo uma união estável como projeto racional de realização. Da mesma forma, o exercício autônomo da liberdade individual poderia justificar, idoneamente, o reconhecimento de *status* familiar ás uniões estáveis entre casais formados por pessoas do mesmo sexo.

O que se pode afirmar, portanto, é que, à luz da *rights thesis*, não podemos afirmar, no direito brasileiro, que uma decisão que consagre o direito à felicidade nos termos em que o fez, em seu voto, o Ministro Celso de Mello, possa ser exigida por um tal jurisdicionado. É a conclusão de um trabalho que, sem pretensões de esgotar a discussão sobre o tema, empenha esforços para, *a contrario sensu*, trazer à baila uma ótica distinta para a análise do fenômeno jurídico e, particularmente, da jurisdição constitucional e do, ainda jovem no Brasil, direito à busca da felicidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 15 Fev 2015.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Sâo Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto/c/1>. Acesso em: 15 Fev 2015.

Racionalidade e destranscendência como emancipação: lineamentos de um difícil diálogo entre o direito e as liberdades públicas

Alavaro Luis de A. S. Cialini

Resumo: A perspectiva destranscendente da racionalidade habermasiana, ao preservar a proposta kantiana de emancipação, caminha na direção da função social da razão, antevendo uma *praxis* emancipatória respaldada em uma atividade comunicativa intersubjetiva, questão que na órbita do direito mostra-se fundamental para a mediação entre liberdade e responsabilidade.

Palavras-chave: Razão comunicativa. Emancipação. Liberdade. Responsabilidade.

O presente artigo pretende examinar a relação existente entre a emancipação e a racionalidade destranscendente, em um caso concreto, para avaliar a interconexão entre o direito de liberdade de expressão, como um espaço autônomo de atuação juridicamente defensável e a liberdade como direito, no âmbito da autonomia subjetiva pública e privada. Para tanto, é indispensável examinar, em uma perspectiva filosófica, a racionalidade habermasiana.

Nesse contexto, vale lembrar que na obra "A dialética do Esclarecimento" escrita por Max HORKHEIMER e Theodor W. ADORNO (ADORNO; HORKHEIMER, 1991) mostrou-se visível a ruptura empreendida pelo pensamento crítico frankfurtiano em relação à racionalidade kantiana, alegadamente deturpada pelo sistema capitalista. Percebe-se nesse intento crítico a tentativa de resgatar o ideal emancipador do esclarecimento, que pretende superar a racionalidade instrumental repressiva manifestada na ciência e na técnica iluministas. Esse é o substrato de uma teoria de matiz crítico, cujo pilar é a dialética da razão, que tem um escopo muito claro: promover a emancipação dos partícipes do mundo da vida em relação à

racionalidade iluminista. Essa tese fia-se na abolição do homem e sua libertação em relação a uma versão alienada do positivismo, que é justamente a ciência e a técnica.

O posicionamento de Jürgen Habermas, não custa sublinhar, em breve síntese, opõe-se ao pensamento pessimista de Frankfurt a respeito da razão e busca substanciar uma racionalidade originada no diálogo entre os partícipes do mundo vivido. Para levar a cabo essa tarefa, Habermas procurou delinear uma teoria indene do legado da razão pura kantiana, a partir do conceito de razão comunicativa. Nela ainda persiste o ideal do esclarecimento prático emancipador – próprio da tradição crítica marxista – como um processo argumentativo, mediador entre a razão e a não-razão, e entre a razão e a esfera do poder (SIEBNEICHLER, 1994, p. 27). Eis o traço essencial da crítica dialética, com raízes na filosofia hegeliana. No entanto, ao adotar uma postura pós-hegeliana, Habermas pretende eliminar a diferença entre reflexão e emancipação.

Na tentativa de se livrar do pessimismo frankfurtiano, Habermas tratou, como visto, do reencantamento da razão, em contraposição ao pessimismo freudo-marxista. Para alcançar esse propósito, o filósofo abdicou da dimensão histórica da luta por emancipação, estabelecendo um *medium* entre formas contraditórias de razão (SIEBENEICHLER, 1994, p. 138). Nessa órbita, há uma nova visão da filosofia, a promover a transição entre a explicação e a compreensão, com fundamento na racionalidade. Isso permite investigar quais seriam os mecanismos utilizados pela racionalidade na Teoria da Ação Comunicativa (HABERMAS, 2003) e suas ligações com a Filosofia da Linguagem.

Assim, deve ser esclarecido como a racionalidade, nesse contexto, pretende reconciliar a razão teórica e a *praxis* e como conseguiu efetivamente romper com a postura pessimista de Horkheimer e ADorno, em favor de uma atitude contemplativa, rigorosa e liberta (HABERMAS, 1994, p. 129-140).

Para atender adequadamente ao objetivo de refletir a respeito da liberdade comunicativa, convém examinar a questão da racionalidade dialógica, buscando explorar as possibilidades de emancipação que lhes são peculiares. Como estratégia para lidar com esse problema em particular, pode-se ainda

investigar, de forma correlata, como o direito se apropriou da questão afeta à validade discursiva, contrapondo-a à facticidade do mundo da vida. Nessa dimensão, na tensão constante entre liberdade e igualdade e democracia e pluralismo, é possível investigar qual seria o papel do direito na mediação entre posturas sociais antagônicas, para avaliar a possibilidade de conceber-se a liberdade comunicativa como liberdade condicionada (SIEBENEICHLER, 2014).

Ora, a atividade designada por Habermas como ação social deve se deixar conduzir pelo interesse de liberdade evocado pela própria razão, possível por meio da ação comunicativa. Essa ação viabiliza o entendimento intersubjetivo, justamente em virtude da racionalidade dos argumentos empregados na comunicação. Assim sendo, enquanto a racionalidade promove a emancipação da sociedade das formas de dominação existentes no âmbito social, servirá também ao propósito de fomentar uma elaboração crítica que tem como alvo o próprio conhecimento, a linguagem e a ação.

Trata-se, portanto, de um conceito de comunicação racional que viabiliza o entendimento e a crítica, sem perder de vista o elemento proposicional dos atos da fala (MCCARTHY, p. 94-108). O modelo do falante ideal, com capacidade de elaborar e entender um texto não só de acordo com seus aspectos gramaticais, mas também a partir da compreensão das conexões de seu texto com o mundo externo (HABERMAS, 1976, p. 35-45), permite supor, para Habermas, a superação da pragmática empírica (MACCKARTY, p. 319). Essas são as condições aptas à "reconstrução sistemática das estruturas gerais" (HABERMAS, 1976, p. 35) que surgem nas situações de fala. Tais condições são produzidas por distintas execuções de tipos específicos de emissões linguísticas, servindo "para situar pragmaticamente as expressões geradas pelo falante linguístico competente" (HABERMAS, 1976, p. 35).

Disso resulta a possibilidade de superação da distinção entre entendimento e orientação para o entendimento, permitindo supor que a existência de uma relação interna entre o compreender, segundo um efeito ilocucionário (AUSTIN, p. 94-108), e o aceitar os atos da fala, resulta em uma solução consensual do problema de comunicação racional (APEL, 1985, p. 23-32).

Em verdade, a ação comunicativa tem por fundamento a intersubjetividade mediada pela linguagem (ROUANET, p. 286), sendo inevitável que o critério de verdade subsequente esteja fundado em uma expectativa de validade que decorre de um processo de argumentação discursiva. Por isso, a verdade de uma afirmação é obtida por intermédio de um consenso razoável, decorrente de um discurso prático (ROUANET, p. 288).

Esse consenso, que decorre da argumentação, produz um critério de verdade a respeito de determinados enunciados. Isso é possível em face do acordo tácito entre expectativas de validade a respeito da possibilidade de compreensão do enunciado, mas também da verdade de seu conteúdo proposicional, sem olvidar da veracidade de seu locutor e da correção deste ao empregar o meio linguístico respectivo (ROUANET, p. 288).

Na formação do consenso fundado os partícipes do diálogo podem divergir radicalmente dos argumentos expostos, sem limitações, inclusive a respeito das balizas do próprio sistema conceitual ou linguístico do *alter*, ou, ainda, do marco teórico ou institucional em que estão embasados os temas expostos no diálogo (ROUANET, p. 291).

No plano do discurso teórico, essa radicalização gradualmente envolve a problematização a respeito de um específico argumento discursivo, bem como a explicitação teórica dos pontos de vista utilizados no diálogo, a sustentar ou refutar o argumento. Haverá também a crítica das próprias balizas conceituais e linguísticas adotadas na fase anterior, bem como a análise das alterações levadas a efeito nos sistemas linguísticos de justificação (ROUANET, p. 292).

Quanto ao mais, o discurso prático é usualmente iniciado por uma proposição consubstanciada em ordens e/ou proibições que inauguram a primeira etapa do discurso. A exemplo do que ocorre no discurso teórico, a próxima etapa é a da justificação a respeito de sua determinação, o que igualmente é efetivado por intermédio de um discurso que se desenvolve dentro dos limites de “um sistema conceitual linguístico mutuamente aceito” (ROUANET, p. 293).

Após, dar-se-á a avaliação a respeito da possível utilização de sistemas alternativos, havendo aí a possibilidade de transcendência da própria

ética ou da política. Ao final, será viável a análise da correlação existente entre as necessidades dos sujeitos do diálogo e as possibilidades técnicas do saber, pois essas são sempre intermediadas culturalmente, sendo que o conhecimento delas é também dado pelo meio cultural.

Com a referida dinâmica elimina-se o limite entre a teoria e a *praxis*, pois a determinação do objeto do conhecimento é uma questão prática. Essa decisão, no entanto, "só pode ser tomada à luz de um conhecimento prévio sobre o que o saber existente permite decidir" (ROUANET, p. 293).

Com efeito, o processo discursivo que proporciona o consenso fundado encontra-se diretamente vinculado à possibilidade de levar adiante a necessária mobilidade dos sujeitos do diálogo entre esses níveis de radicalização. A ausência de liberdade para transitar entre esses níveis geraria o pseudodiscurso, revelando ser ilusório o consenso produzido, com a subsequente negativa da expectativa de veracidade de uma dada proposição, ou mesmo a legitimidade do preceito que inaugurou o discurso prático.

É importante ressaltar que essa dinâmica insere-se em uma situação linguística ideal. Por isso, a comunicação entre os interlocutores não é perturbada por coações externas ao processo dialógico, tampouco admite distorções internas provenientes da deformação sistemática da comunicação, como é o caso das neuroses e da ideologia (ROUANET, p. 294). Isso demanda que os partícipes da comunicação utilizem seus atos linguísticos em igualdade de condições e possam assumir livremente suas respectivas posições na relação dialógica.

A situação linguística ideal possui, inexoravelmente, um caráter contrafático em relação ao discurso, o mesmo podendo-se dizer a respeito do modelo de comunicação alusiva à interação. Nesse ponto, o partícipe do discurso pode esperar, diante de suas expectativas alusivas à situação linguística ideal, o mínimo de previsibilidade e certeza em relação ao comportamento do alter. Não é possível, assim, pretender-se definir a priori qualquer critério de aferição dos elementos que conduzem à veracidade, pois essa definição ocorrerá a partir desses obstáculos concretos à realização dos valores associados à verdade.

Diante das considerações precedentes, pode-se afirmar que o consenso é o fundamento da Teoria da Ação Comunicativa e, a partir dele, “os participantes da comunicação se movem em um horizonte de possibilidades irrestritas de entendimento” (HABERMAS, 2003 II, p. 212) ao qual incumbe a reprodução do próprio mundo da vida (HABERMAS, 2003 II, p. 203).

Por isso, essa modalidade discursiva, ao embasar-se na possibilidade quase irrestrita da crítica em busca de um argumento fundado representa um amplo e constante acesso ao dissenso. Em verdade, a possibilidade de consenso está inserida em um âmbito epistemológico que pode e deve se nutrir de dissensos nos diversos níveis de radicalização presentes no processo discursivo, como condição para chegar ao telos do consenso perfeito.

A partir dessas breves afirmações, importa agora também avaliar, para os fins deste estudo, se a legitimidade do direito deve-se ao critério democrático de sua criação, na pressuposição de que o procedimento plural fundamentaria uma presunção de racionalidade dos argumentos jurídicos utilizados consensualmente para a elaboração das opiniões a respeito de certos preceitos deontológicos, reconhecidos como obrigatórios pelo grupo social (HABERMAS, 1997 I, p. 159).

Para Habermas, diferentemente do entendimento transcendental de Kant, que vincula a liberdade à capacidade de agir segundo a prescrição de um imperativo categórico, a liberdade orientada pelo agir comunicativo "consiste universalmente na capacidade de um ator de orientar seu agir por exigências de validez" (HABERMAS, 2002, p. 49-51). Kant associa, no quesito da autolegislação individual do sujeito, fundada no conhecimento a priori, tanto o "sentido categórico de uma ação", quanto o "sentido transcendental de uma certeza" (HABERMAS, 2002, p. 50). Em sentido diverso, o caráter destranscendente da razão, sob o enfoque da racionalidade comunicativa, permite afirmar que todos os atores são capazes de justificar seu agir a partir de posições "racionalmente motivadas para as exigências de validez" (HABERMAS, 2002, p. 50).

Nisso consiste a possibilidade que têm os agentes de atuar a partir da suposição reciprocamente compartilhada de que possuem "razões justificadas" (HABERMAS, 2002, p. 51). Portanto, a liberdade não pode efetivamente ser

concebida como um projeto individual e solipsístico, fundado em um critério racional objetivamente pressuposto, mas deve ser obtida a partir do compartilhamento destranscendente das pretensões de validade dos juízos dos agentes do discurso (HABERMAS, 2007, p. 47-53).

A liberdade se estabelece pela observância desse caráter racional a respeito dos condicionamentos reciprocamente impostos pelos sujeitos que constituem as sociedades democráticas. Então, esse sentido da liberdade, em sua dimensão recíproca, só pode significar a imposição, compartilhada por todos, da relação entre respeitar e ser respeitado.

Transposta a questão para o tema do pluralismo democrático e da tolerância, para Habermas "o Estado democrático consegue processar o paradoxo da tolerância, o qual reaparece na dimensão do direito constitucional" (HABERMAS, 2007, p. 285). Disso resulta a enunciação do "princípio da inclusão simétrica de todos os cidadãos", decorrente do pluralismo sobre diversificadas visões de mundo e a subsequente "luta em prol da tolerância", como um importante elemento propulsor do Estado Constitucional (HABERMAS, 2007, p. 285).

No entanto, Habermas não desconsidera a existência de um "fardo de imputações de tolerância", conexo à capacidade de superar moralmente os argumentos de recusa. Em síntese, isso se traduz em um duplo fardo, ou seja, por um lado, "quem é tolerante, só pode realizar, (...) o próprio *etos* no interior das fronteiras daquilo que compete, em igual medida, a todos"; por outro, "no espaço de tais fronteiras, ele tem que respeitar também o *etos* dos outros" (HABERMAS, 2007, p. 290).

Na esfera do direito, pode-se traduzir essa equação para a órbita própria da linguagem dos juristas, fundamentalmente alicerçada na ideia de que os sujeitos têm direitos subjetivos defensáveis. Coloca-se então a questão de saber qual deve ser a função do direito e do Estado na deliberação a respeito da liberdade comunicativa e de sua correlata responsabilidade, diante da complementariedade dos espaços sociais legitimos, reconhecidos como autonomia pública e privada.

Uma resposta a respeito da pacificação de determinados conflitos sociais deve, nessa perspectiva, possibilitar a realização simultânea dos direitos

individuais em face de outros interesses coletivos, bem como a inserção dos sujeitos constitucionais na esfera pública como partícipes de um processo contínuo de tomada de decisões.

Isso não obstante, para que esse processo democrático e plural tenha êxito, é necessário que os direitos de comunicação e participação sejam exercidos também tendo em vista a promoção do bem comum. Por isso, o direito de comunicação não pode ser visto como o direito privado dos sujeitos de direitos, que deverão necessariamente atuar como "participantes em processo de entendimento que versam sobre as regras de sua convivência" (HABERMAS, 1997 II, p. 323).

Esse processo democrático, ademais, não estará respaldado em um consenso prévio, tampouco na imposição hegemônica de certos entendimentos consensuais sobre o mundo, mas sim no compromisso de reconhecer como legítimas suas diferenças e de levar adiante um agir comprometido com a solução de seus problemas, visualizando o alcance de objetivos públicos.

Essa questão tem importância capital igualmente na doutrina de Jeremy Waldron, que sustenta ser impossível a obtenção de um consenso permanente sobre assuntos relevantes na sociedade, diante da convivência conflituosa de entendimentos sobre a vida social.

Para evitar que as decisões majoritárias tornem-se hegemônicas, Waldron defende que devem preservar as diferenças de opiniões entre os indivíduos, mesmo porque os desacordos fazem parte da própria vida política de uma sociedade (WALDRON, 2003, p. 175-183).

O projeto de Waldron (1999, p. 212) é embasado na possibilidade de convivência harmoniosa entre posicionamentos diversos e discordantes, a partir de um procedimento deliberativo que possa ser estabelecido pelo poder legislativo democrático, *locus* próprio do intercâmbio racional de argumentos. Disso decorre que a norma aprovada pela maioria regerá as relações jurídicas existentes no seio da sociedade, a possibilitar que os juízes decidam as controvérsias interindividuais e sociais a partir de seu texto.

A estratégia da manutenção da ideia de positividade do direito, para Waldron, funda-se no compromisso político firmado pelos magistrados para

evitar a contaminação de seus juízos decisórios por pretensões morais pessoais. Portanto, a visualização de pontos de vista obtidos a partir da análise de proposições em conflito não leva necessariamente ao decisionismo ou desrespeito aos direitos subjetivos. Ao contrário, essa diversidade de possibilidades permitirá que tais direitos sejam efetivamente exercidos, pois viabiliza a observância das prerrogativas políticas e jurídicas de indivíduos autônomos, em um ambiente democrático e plural (WALDRON, 1999, p. 212).

Essa perspectiva, portanto, possibilita chegar ao entendimento que propugna a possibilidade de coexistência conflituosa de posturas que se inclinam, em maior ou menor grau, ora ao exercício das liberdades públicas dos cidadãos, ora aos interesses publicamente relevantes.[133]

Isso permite que no âmbito próprio de uma teoria da constituição haja a possibilidade de coesão entre o liberalismo político e a democracia, ratificando assim o compromisso, tanto na manutenção dos direitos humanos e da demarcação de espaço para a autonomia privada, quanto na soberania popular, ao mesmo tempo em que delimita o que podemos entender por autonomia pública. Assim, as proposições de Waldron podem subsidiar a defesa do convívio sempre difícil e problemático dos direitos fundamentais com a soberania popular[134].

Eis uma questão especialmente relevante para Habermas, pois a soberania é condição de possibilidade do exercício dos direitos fundamentais e

---

[133] Para Christopher L. EISGRUBER (p. 39) ... "The first step of this argument is crisply embodied in Waldron's statement that democracy entails that 'the people are entitled to govern themselves by they own judgments', including judgments whit regard to reasonably controverted questions of justice and morality. That is a powerful idea. Indeed, we might go further and say that insofar as we care about the privilege of governing ourselves, we should care most of all that we govern ourselves with regards to question about justice. If democracy matters to us, in other words, we ought to want self-government with regards to the things that matter, and not just the minor details that do not. Now, of course, there are some things – such as, for example, jailing innocent people, or censoring political speech – that democracies may not justly do, no matter how popular such measures might be. Waldron's argument does not deny the existence of such limits. On the contrary, he recognizes that democracies are obligated to respect certain rights and principles. He points out, however, that there will inevitably be good faith disagreement about which rights and principles ought to be respected, and maintains that such disagreements ought to be resolved democratically.

[134] "Waldron's claim that the people are entitled to govern themselves with regard to matter of justice is thus controversial, but it is also, in my judgment, powerfully attractive. For most of us, our commitment to democracy and self-government runs deep, and only with great regret (if at all) would we admit that the people are incapable of deliberating and deciding about the questions that matter most. Lawyers and politics theorists too often defend constitutional limits and judicial review on the basis of the idea that there are moral limits upon what a democratic people may do. That's so, but it begs the question of who, other than the people, should decide the content of those limits, given that they are durably contested and that there is no algorithm for producing the answer. Waldron has highlighted the case in favor of allowing the people to decide these fundamental question for themselves, and, in doing so, he has made that I regard as a major contribution to constitutional theory." (EISGRUBER, p. 40)

os cidadãos só podem exercê-los se definirem soberanamente as condições de legitimação do procedimento democrático discursivo, imprescindível para a determinação dos critérios necessários e das condições aptas ao exercício desses direitos.

Para examinar essa questão em uma situação concreta que envolve o exercício do direito de comunicação, portanto, da livre manifestação do pensamento, adotar-se-á para análise o ato de injustificável violência e intolerância que transformou em vítimas de homicídio doze integrantes do periódico francês Charlie Hebdo[135]. Esses articulistas, de forma mais ou menos bem humorada, pretenderam criticar certos costumes e crenças de um grupo social em particular.

Nossa reação a esse fato tão grave e impactante poderia bem ter sido a mesma a gerar a afirmação que de ordinário foi assumida por boa parte da mídia mundial, inclusive por outros cartunistas e profissionais de comunicação: *je suis Charlie*!

Poderíamos afirmar, orientados por um critério racional transcendental, que temos a liberdade de fazer o que nos aprouver, agindo como determina nossa consciência individual autônoma e modernamente emancipada, sem sofrermos violência em virtude dessas manifestações. Afinal, vivemos no ocidente, em comunidades políticas que se orientam majoritariamente pela afirmação de um sentido de vida liberal, a demandar a garantia plena de respeito às nossas ações e pensamentos. Ora, isso é plenamente verdadeiro e sinceramente não podemos afirmar ser legítima a possibilidade heterônoma de cerceamento dessa liberdade. Nem seria desejável, por isso mesmo, que o Estado ou outra instância de produção de normas morais ou jurídicas impusessem limites *regulatórios* ao direito de livre manifestação do pensamento.

Assim, o cidadão orientado pelo senso comum poderia até aconselhar aos indivíduos de um grupo pretensamente não habituado ao convívio social livre que procurassem outro lugar para viver.

---

[135] Ocorrido em 7 de janeiro de 2015.

A situação social, em ambientes multiculturais e plurais, no entanto, poderá não aderir a soluções assim tão simples. Pessoas com crenças radicais a respeito de temas religiosos ou ideológicos costumam nutrir ressentimento, preconceito, ódio e sentimento de violência em relação a outras pessoas que não lhes pareçam moralmente adequadas em relação a um determinado estilo de vida. Sem a capacidade de orientar suas demandas por igual respeito e consideração por intermédio da comunicação livre e racionalmente emancipada, esses indivíduos que se orientam por ideias radicais buscarão resolver suas divergências por meios violentos.

Para quem tem aspirações de pensar em coro com o senso comum poderá haver a objeção de que não seria ética ou moralmente defensável submetermos nossa liberdade individual ao jugo violento dos outros, pois assim estaríamos a renunciá-la sem que houvesse algum correspondente ético ou moralmente legítimo. Essa afirmação, louvada também em uma estrutura racional transcendental e modernamente emancipada, não deixa igualmente de estar correta por essa ótica. Afinal, além de nossa autonomia como cidadãos, somos submissos a um conjunto de regras que garantem essas liberdades e poderíamos obter a garantia da observância desse peculiar direito subjetivo por meio da atuação dos tribunais.

Quid faciam?

Questões moralmente complexas como a ora exposta podem bem nos dar a dimensão da importância da racionalidade destranscendente como possibilidade orientadora de um processo democrático e plural na busca de soluções para a convivência humana. Essa busca não pressupõe, como visto, um consenso prévio a respeito de normas morais ou jurídicas aplicáveis, tampouco poderá se fiar na imposição hegemônica e heterônoma de certos entendimentos consensuais sobre o mundo. O que se pretende obter ao final será o compromisso dos envolvidos em reconhecer suas diferenças como legítimas.

O agir dialógico destranscendente terá por escopo a busca socialmente responsável por uma forma de solução dos problemas, mirando em objetivos públicos. O resultado será incerto e a certeza de êxito precária. Paradoxal? Certamente que sim, mas isso não significa grande dificuldade filosófica para a razão habermasiana.

Aqui é possível uma síntese conclusiva: os sujeitos, portadores de direitos subjetivos, não podem ser vistos como "indivíduos atomizados e alienados que se entesam possessivamente uns contra os outros" (HABERMAS, 1997 II, p. 121).

É evidente que os indivíduos são autores de direitos subjetivos reclamáveis. Seu exercício, no entanto, deve ser procedido em uma "ordem de direito objetivo e obrigatório, com traços subjetivistas", sem perder de vista seu critério legitimador, respaldado no "assentimento geral" (HABERMAS, 2003 II, p. 169).

Isso não obstante, tal imagem de soberania poderá coexistir com a possibilidade de intervenção judicial na defesa dos princípios e valores fundamentais sociais. Essa mesma tensão entre as posturas essencialmente divergentes, a par de manter a possibilidade de contínua reconstrução de um modelo para a democracia, sob o ponto de vista da preservação das liberdades públicas, propiciará, além do gozo do direito à liberdade de comunicação, também o estabelecimento do respeito como aprendizado, e sua observância como direito subjetivo.

Assim, o direito de liberdade de expressão, como um espaço autônomo de atuação juridicamente defensável, só poderá ser afirmado legitimamente, na concepção da racionalidade destranscendente, como emancipação em relação às posições sociais e políticas parciais, portanto, como resultado do equilíbrio entre a autonomia pública e a privada, indutoras da mediação entre a liberdade e o respeito, mas não como o exercício de uma liberdade individual.

A disposição dos atores sociais ao aprendizado pelo respeito será bem vinda, e o diálogo destranscendente na busca de consenso servirá como o meio discursivo para a compreensão mútua. Nada mais difícil e trabalhoso, mas, convenhamos, restaram-nos poucas alternativas.

Referências

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. Dialética do Esclarecimento. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

APEL, Karl-Otto. Transformação da Filosofia. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000.

_____. Ética normativa y racionalidad estratégica: el problema filosófico de una ética política. La Plata: Revista de Filosofia y Teoria Politica - Departamento de Filosofia. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educacion. Universidad Nacional de La Plata, 1985, Vol. 25.

AUSTIN, J. L. How to do things with words. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1976.

EISGRUBER, Christopher L. Democracy and disagreement: A comment on Jeremy Waldron's Law and disagreement. New York: New York University School of Law – Journal of Legislation and Public Policy, 2002, vol. 6, n. 1.

HABERMAS, Jürgen. Knowledge and human interests. Trad. Jermy J. Shapiro. Boston: Beacom Press, 1972.

________. Communication and the evolution of society. Trad. Tomas MacCarthy. Boston: Beacon Press, 1976.

________. Técnica e Ciência como Ideologia. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1994.

________. Direito e Democracia - Entre facticidade e validade. Vol. I e II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

________. Más allá del Estado nacional. Trad. Manuel Jiménes Redondo. Madrid: Trotta, 1997b.

________. Textos e Contextos. Trad. Sandra Lipert Vieira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

________. Razão Comunicativa e Razão destranscendentalizada. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

________. Teoría de la Acción Comunicativa, Racionalidad de la ación y racionalización social. Vol. I e II. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 2003.

________. Entre Naturalismo e Religião. Estudos Filosóficos. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

INGRAM, David. Habermas e a dialética da razão. trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

MCCARTHY, Thomas. La Teoria Critica de Jürgen Habermas. Trad. Manuel Jimenes Redondo. Madrid: Tecnos, 1992.

ROUANET, Sérgio Paulo. Teoria Crítica e Psicanálise. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998.

SIEBNEICHLER, Flávio Beno. Jürgen Habermas - Razão comunicativa e emancipação. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

________. Considerações sobre o conceito de liberdade comunicativa na filosofia habermasiana. Logeion, v. 1. n. 1, p 43-58, ago./fev. 2014. Disponível em: http://revista.ibict.br/ciinf/index.php/fiinf. Acesso em: 2 de agosto de 2015.

WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement. Oxford: Oxford University Press, 1999.

________. A dignidade da Legislação. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

UM NOVO PROCESSO DE ESCOLHA PARA O CARGO DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A NEW CHOICE MAKING PROCESS FOR THE JUSTICES OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT.

Mateus de Lima Costa Ribeiro

RESUMO: O presente trabalho propõe um novo processo de escolha para o cargo de ministros da Suprema Corte brasileira, proposta essa que terá como ponto de partida a relevância das decisões por ela tomadas. Será ressaltada, no decorrer do texto, a necessidade de uma legitimidade democrática para os ministros do STF, em razão das amplas consequências de suas decisões, que ultrapassam as paredes do plenário do tribunal e atingem a vida de inúmeros brasileiros. A legitimidade supracitada será garantida, como se verá no desenvolvimento do texto, por meio de uma participação mais ativa dos representantes políticos no processo de escolha de um ministro para o Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Processo de escolha dos ministros do STF; Justiça Constitucional; Legitimidade democrática; Amplitude dos efeitos dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The present study proposes a new choice-making process for the justices of the brazilian Supreme Court. This proposal will have as bottom line the importance of each decision taken by the court itself. The necessity of a democratic legitimacy for the court's justices will be emphasized because of the wide range of consequences their decisions knowingly have, since these decisions go way beyond the court's walls and reach the lives of the brazilian people. Their legitimacy will be guaranteed through a more active participation of the political representatives in the already mentioned choice making process for a justice of the brazilian Supreme Court.

Keywords: Choice making process of the Supreme Court's justices; Constitutional Justice; Democratic legitimacy; Range of consequences of the brazilian Supreme Court's decisions.

1 Considerações Preliminares

Na tripartição dos poderes estabelecida pela Constituição Federal, fica incumbido a todos os juízes do Poder Judiciário o dever de julgar e aplicar as leis do nosso país.[136] As funções práticas dos juízes variam de acordo com seus cargos, mas o trabalho resume-se,grosso modo, à aplicação das leis brasileiras nos casos concretos produzidos pelos fenômenos sociais.[137] Nesse sentido, os juízes são como uma fonte de justiça responsável por solucionar os problemas sociais, tomando como referência as leis brasileiras e a orientação jurisprudencial postas.

A função de juiz, contudo, é realizada de diferentes maneiras, e em diferentes esferas da justiça brasileira, em razão da divisão interna do judiciário.[138] O objetivo do presente artigo é abordar a função do Supremo Tribunal Federal (STF) no sistema judiciário brasileiro, já que ele tem provavelmente a mais determinante atuação entre os tribunais brasileiros.

A constituição brasileira dá ao STF, no *caput* do artigo 102[139], a responsabilidade de "guardar a Constituição", e mais tarde nesse mesmo artigodescreve as formas do Supremo exercer essa proteção do texto constitucional. Em suma, ela é exercida com o julgamento de ações e recursosrelacionados ao descumprimento de algum preceito constitucional que chegam à Suprema Corte.

---

[136]Entende-se portripartição dos poderes: "The division of governmental authority into three branches- legislative, executive, and judicial- each with specified powers and duties on which neither of the other branches can encroach; the constitutional doctrine of checks and balances." Ver: GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 2nd pocketedition.Saint Paul (Minn): West Group, 2001, p. 637.

[137] Essa é a ideia da transformação feita pelo juiz de uma norma hipotética (geral e abstrata) para uma norma categórica (específica e individualizada). Ver: SANTIAGO NINO, Carlos. *Introdução à Análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gaspartotto. 1ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 88. Ou então a ideia da transformação da norma geral para a individual de Kelsen. Ver: KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. 1ª edição. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 10.

[138] CF, art. 92.

[139] Lê-se no *caput* do artigo 102: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)".

Nesse sentido, como se sabe, é dever do STF, quando provocado, julgar se uma decisão judicial, uma lei, ou outra norma jurídica brasileira, segue as determinações e as diretivas do texto constitucional. É dessa forma que o Supremo exerce o controle de constitucionalidade, que consiste, como foi dito, na verificação da compatibilidade entre as normas infraconstitucionais e o próprio texto constitucional, ao qual elas estão subordinadas.

O controle de constitucionalidade é, entretanto, uminstitutojurisdicional extremamente complexo, podendo ser exercido no Brasil de cinco maneiras diferentes, sendo que cada uma dessas maneiras é repleta de especificidades e pormenores.[140] É por isso que o presente artigo não adentrará as características do controle de constitucionalidade em si, nem das formas como ele deve ser exercido, mas se dedicará à ideia por trás de sua utilização, e principalmente do poder que possui aquele capaz de exercê-lo.

Verifica-se que a função jurisdicional do STF torna necessária uma escolha apropriada de seus ministros, que tomarão decisões determinantes para o país.Entretanto, o processo de nomeação utilizado hoje possui imperfeições que o tornam antidemocrático. Essa realidade foi a causa para a elaboração de um estudo sobre o sistema de escolha brasileiro, assim como uma proposta de mudança, que tem como meta a democratização do tão importante processo de escolha de um ministro para o Supremo Tribunal Federal.

O estudo terá como foco a falta de fiscalização das indicações presidenciais pelo Senado, que há anos não recusa um ministro. A proposta, por sua vez, terá como meta incluir de forma mais profunda o Congresso Nacional na nomeação dos ministros, aumentado o quórum para a aprovação de um ministro, assim como incluindo a Câmara dos Deputados no processo de aceitação da indicação. É importante salientar que o objetivo do artigo é principalmente expor a falha do sistema atual, propondo brevemente soluções para o processo de escolha dos ministros. Não será proposta uma reforma

[140]COSTA, João. *Jurisdição Constitucional: Um Breve Panorama Sobre Algumas Novidades.* Brasília: Senado Federal, 2013, p. 11-23 e 35-54.

constitucional concreta e pronta, mas serão introduzidos alguns princípios segundos os quais uma alteração constitucional deve ser realizada.[141]

Antes de tudo, no entanto, será justificada a necessidade dessa alteração. Justificativa essa que terá como ponto de partida o poder de decisão dado a cada ministro no momento em que eles são nomeados.

2 Da relevância da atuação do Supremo Tribunal Federal

Ao realizar o controle de constitucionalidade nos processos objetivose subjetivos, o Supremo tem o dever de julgar se determinada lei ou ato normativo está em harmonia com a constituição.[142]-[143]-[144]-[145] O interessante dessa competência é que, obviamente, é necessário saber o que o texto constitucional determina em sua redação antes de se julgar se uma norma jurídica está ou não de acordo com ele. Em outras palavras, é necessário saber as diretivas da Constituição antes de julgar o que está ou não de acordo com elas.

---

[141]Não se desconhece as diversas Propostas de Emendas à Constituição que tramitam nas Casas do Congresso Nacional, buscando alterar o processo de escolha dos ministros do STF, tais como: PEC nº 3/2014, PEC nº 44/2012, PEC nº 58/2012, PEC nº 038/2008, 473/2001, apresentadas, respectivamente, pelos Senadores Vanessa Grazziotin (PCdoB-AM), Cristovam Buarque (PDT-DF), Roberto Requião (PMDB/PR) e pelos Deputados Antônio Carlos Pannuzio e outros, divulgadas no ***sites*** do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. Elas, contudo, não abordam o tema do processo de escolha dos ministros do Supremo Tribunal da forma como está sendo feito no presente artigo. Por essa razão não será dada especial atenção às sugestões dos parlamentares.

[142] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 309-318.

[143]MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos.* São Paulo: Saraiva, 1990, p. 250-251.

[144]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 861.

[145]COSTA, João. *AmicusCuriae e AmicusLegislatores*. Brasília: Senado Federal, 2013, p. 60-63.

Saber quais são as diretivas da Constituição significa dar uma interpretação ao texto constitucional, ou seja, estabelecer quais das possíveis interpretações do texto é a que deve ser aplicada. Isso porque a constituição brasileira, de caráter analítico, é composta majoritariamente por normas abrangentes, que estão sujeitas a inúmeras leituras, já que são abstratas e, na maioria das vezes, não tratam de casos concretos. É por causa disso que outra competência do STF é justamente definir qual dos vários entendimentos possíveis da redação constitucional é o correto, para então julgar quais normas são ou não compatíveis com ela.

Tendo isso em mente, o jurista Mauro Cappelletti escreve em seu livro Juízes Legisladores (?):

> (...) o uso mais simples da linguagem legislativa sempre deixa, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária (...).[146]

Esse curto trecho mostra que não há redação de norma capaz de retirar do juiz a possibilidade de dar uma interpretação distinta da vislumbrada pelo legislador, mudando, por consequência, o seu entendimento. O STF, na verdade, já mudou a aplicação da Constituição por meio da introdução de uma nova interpretação da redação do texto constitucional. Foi o caso da decisão a favor da união homoafetiva[147], na qual os ministros entenderam o parágrafo 3º do artigo 226 de forma diferente da interpretação tradicional[148],julgando que sua redação não excluía a união entre pessoas do mesmo sexo.[149]

Esse poder interpretativo se mostra, então, poderosíssimo, uma vez que serve como uma carta branca por dar espaço para leituras textuais

---

[146]CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. 2ª edição.Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 20-21.

[147] Acórdão completo da decisão disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633

[148] CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1ª edição. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013, p. 2118-2120- (Série IDP).

[149] Lê se no parágrafo 3º do artigo 226: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

completamente contrárias à interpretação tradicional e literal da Constituição, como ocorreu no caso do julgamento da ADPF 132.[150]

Otto Pfersmann escreve sabiamente que:

> Ao contrário do que sugere a doutrina tradicional, não é a "Constituição" ou a "lei" que prescreve suas ações, pois os textos são indeterminados e não têm, por sua vez, significado. Este é atribuído pelo autor que o interpreta.[151]

Um texto é composto por palavras com significados volúveis e ambíguos, que pouco dizem por si só. O que realmente as define é o que se entende dela, ou seja, aquilo que se extrai da redação constitucional. Ronaldo Xavier escreve que "(...) as palavras em uma lei são meros símbolos da linguagem para viabilizar a comunicação, buscando, portanto, passar uma informação (...)".[152] Sendo assim, o importante das palavras é o sentido que elas transmitem, e não a forma como elas são escritas ou postas em um texto.

O caso da ADPF 132 mostrou que a interpretação é o que realmente determina o significado extraído do texto, e que é esse significado o que estabelece a forma como o texto constitucional será aplicado, uma vez que hoje é permitido o casamento entre casais homossexuais.

Como é o Supremo quem define em seus julgamentos o entendimento "correto" de uma norma constitucional, ele tem o poder de definir como o próprio texto constitucional será posto na prática, ou seja, como o texto constitucional irá interferir na vida dos cidadãos brasileiros, que é o que realmente importa. Essa realidade coloca um peso muito grande sobre os ombros de cada ministro do STF, por saberem que eles detêm, por meio do controle de constitucionalidade, o controle de estabelecer como a pedra angular do ordenamento jurídico brasileiro será aplicada.

---

[150] Cabe citar, ao lado da ADPF 132, a ADPF 54, que legalizou o aborto de fetos anencefálicos. Essa decisão gerou uma acalorada discussão em todo o país, e mudou a própria legislação brasileira.

[151]PFERSMANN, Otto. *PositivismoJurídico e Justiça Constitucional no Século XXI.* Trad. Alexander Coutinho Pagliarini. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 102. – (Série IDP: direito comparado).

[152]XAVIER, Ronaldo Caldeira. *Português no Direito*. 16ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. P. 11. Ver também: MORTARI, Cezar A. *Introdução à Lógica*. 1ª edição. São Paulo: Editora Unesp, 2001, p. 31.

Por causa dessa competência determinística, que se confunde com a do Poder Legislativo, uma escolha apropriada dos ministros é de fundamental importância para legitimar suas decisões, que afetam todo o país e tratam de matérias importantíssimas. A decisão com relação à união homoafetiva, por exemplo, mudou a vida de casais homossexuais, assim como a daqueles que eram contra o casamento deles. Dessa forma, as decisões do STF ultrapassam as paredes do tribunal, e atingem a vida de inúmeros brasileiros.

Isso torna necessária uma escolha democrática dos ministros, já que, como é o povo quem deve se governar em uma democracia, é ele também, por meio de seus representantes, que deve tomar as decisões importantes para o país. Como os ministros do STF tomam decisões sobre questões extremamente relevantes para o Brasil, é o povo quem deve escolhê-los. Caso contrário, não se estaria respeitando o poder do povo determinado pela própria etimologia da palavra democracia.

Como o Brasil é um país democrático, é preciso seguir o princípio rousseauistacunhado ainda no século XVIII segundo o qual: “(...) a lei é a expressão da vontade geral(...)”.[153]Por essa razão, se a lei é não só seu mero texto, mas também o entendimento dado a ele, e é o STF quem dá à norma constitucional o seu entendimento, o povo deve ser capaz de expressar sua vontade por meio do STF para de fato controlar a produção legislativa brasileira. E o povo só pode expressar sua vontade pelo STF se ele for representado por ele, sendo que essa representação, seguindo os parâmetros político democráticos brasileiros, só é real quando é o povo quem escolhe, democraticamente, os próprios membros do Supremo. Isso não ocorre, todavia, no Brasil de hoje, onde a escolha do ministro é quase que unicamente da presidente, o que torna necessária uma mudança estrutural no processo de escolha dos ministros, a fim de torná-la uma escolha democrática.

[153]Tradução livre de: “La loi est l’expression de la volonté générale”. ROUSSEAU, J.J. *Du Contrat Social*. Livre II, Chapitre3.

3 Do processo de escolha brasileiro

No sistema de escolha atual, um ministro deve ser indicado ao STF pelo Presidente da República e ter sua indicação aprovada pela maioria absoluta do Senado brasileiro. Fica claro, com isso, que o processo de escolha passa por algum tipo de aprovação política. Essa aprovação, entretanto, é insuficiente por uma série de razões. Uma delas consiste na prática do Senado de nunca rejeitar uma indicação do presidente. Na verdade, de todos os ministros já indicados ao STF, só cinco tiveram suas indicações presidenciais rejeitadas antes que fossem nomeados. Todas elas no governo de Floriano Peixoto, na década de 90 do século XIX.[154]

Essa aceitação automática do Senado às indicações presidenciais formou tão forte tradição que hoje a recusa de um ministro seria uma afronta ao Poder Executivo. Ela quebraria um costume bem estabelecidoquedurahá mais de cem anos, causando assim um transtorno imenso no cenário político brasileiro. O Poder Executivo poderia se distanciar do Legislativo, causando uma série de dificuldades para os dois. Isso atrapalharia o processo de aprovação de uma lei, que, ao ser aprovada pelo Congresso, pode ser vetada pelo presidente, além de dificultar a manutenção de uma possível medida provisória do Poder Executivo, que deve sempre passar pela aprovação do plenário do Congresso.

Em suma, a recusa de um ministro poderia desestabilizar um sistema de troca de favores e cordialidades entre os poderes executivo e legislativo, e isso dificultaria o diálogo entre os dois. Esse contexto faz a passagem da indicação pelo Senado perder seu sentido, uma vez que é feita vista grossa sobre as indicações presidenciais para ministro do Supremo Tribunal.

O objetivo da tripartição dos poderes de um estado, guiada pelo princípio dos “checksand balances”, é que um poder fiscalize o outro, para que as decisões importantes sejam tomadas pelo estado como um todo, e não só por uma parte dele.[155] Esse objetivo se estende também para a escolha de um ministro para o Supremo Tribunal, que não deixa de ser relevantíssima, como

---

[154]MELLO, Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal Federal*. 3ª edição. Brasília: Editora do Supremo Tribunal Federal, 2012, p. 18.

[155]MONTESQUIEU. *De l’EspritdesLois*. Livre III.

foi exposto. No entanto, a prática do Senado supracitada impossibilita a fiscalização das escolhas presidenciais para o cargo. Em outras palavras, o único método de controle das escolhas para a vaga de ministro do STF previsto na Constituição não funciona, por jamais ser utilizado. Isso anula qualquer tipo de democratização do processo de escolha

De acordo com o autor francês Michel Troper, uma composição de Suprema Corte como a do STF não é democrática, já que não é, segundo ele, representativa. Troper escreve também que o tipo de controle jurisdicional de constitucionalidade utilizado no Brasil fere princípios democráticos, já que subordina as decisões do Parlamento (Congresso Nacional) e do Presidente da República, democraticamente eleitos, a um grupo de juízes que nem mesmo receberam a aprovação direta da maioria da população.Para corrigir esse erro, Troper propõe a eleição direta dos juízes para compor a Suprema Corte, por pensar que o povo deve estar representado em uma corte que tomará decisões determinantes para o rumo do seu país.[156]

Essa visão do autor francês pode ser considerada radical pelos parâmetros atuais de escolha de um ministro, mas é algo a ser pensado, já que, no modelo atual, um grupo de ministros não eleitosde fato pode controlar as decisões de um grupo muito maior de deputados e senadores eleitos. Em outras palavras, os escolhidos pela própria população tem suas decisões legislativas completamente subordinadas ao aval do Supremo, que pode invalidá-las ao declará-las inconstitucionais. Uma lei complementar, por exemplo, pode ser declarada inconstitucional pelos ministros depois de ser pormulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Troperpercebe essa incongruência sistêmica, e por isso propõe a eleição para o cargo de ministro. Essa maneira encontrada por ele, no entanto, se mostra desnecessária por vivermos em uma democracia representativa no Brasil. É certo que algumas escolhasdos políticos no Congresso não estão de acordo com a vontade da maioria da população brasileira, mas eles têm

---

[156]A crítica de Troper ao controle jurisdicional tradicional está espalhada por sua obra. Ver principalmente: TROPER, Michel. *Pour une Théorie Juridique de l'État. 1ère édition. Paris:* PressesUniversitaires de France, 1994*, p. 329-346;* TROPER, Michel. *La Théorie du Droit, le Droit, l'État. 1ère édition. Paris: PressesUniversitaires de France, 2001*, p. 173-193.

legitimidade para tomar as decisões políticas importantesdo Brasil no lugar dela. É sistematicamente incoerente deixar os senadores e deputadosaprovarem uma lei e, ao mesmo tempo, impedi-los de escolher os ministros do STF. É provável que a nomeação de um ministro do Supremo seja mais importante do que a aprovação de uma lei, mas ambas são decisões pertinentes relacionadas à competência legislativa no Brasil, e por isso podem ser decididas pelo mesmo órgão.

O Congresso, com o apoio do Presidente, pode aprovar uma lei, e o Presidente, como apoio do Congresso, deve ter o poder de nomear um ministro para a Suprema Corte. Como foi mencionado, o Brasil é um país onde a democracia representativa foi escolhida, e nela o povo não é consultado a todo momento para a tomada de decisões. Na verdade, nela o povo dá o seu poder de escolha aos seus representantes, nos quais ele confia e acredita, com o objetivo de otimizar o processo de decisão democrática.

O problema do modo de escolha atual não está na falta de eleição para os ministros da Suprema Corte, mas sim no processo realizado pelo Congresso e pelo presidente para escolhê-los, que está longe de ser democrático. Não é democrático porque dá poder demais a uma só pessoa: o presidente, cuja indicação para um cargo tão importante não é contestada, mas aceita com uma facilidade que não pertence à democracia. Não pertence porque numa democracia se discute posições e ideologias contrapostas, para que todas as opiniões sejam postas e, só então, seja tomada a melhor decisão. Isso não se faz presente em um processo de escolha como o do Brasil de hoje, que se assemelha a um processo autocrático[157], por estar restrito quase que exclusivamente ao presidente.

---

[157]Autocrático se refere, nesse caso, à decisão de um autocrata, que seria um soberano independente. Ver: ANJOS, Margarida; FERREIRA, Marina. *Dicionário Mini-Aurélio*. 6ª edição. Curitiba: Editora Positivo, 2007, p.154.

4 Um novo processo de escolha para os ministros do Supremo

Foi visto anteriormente no texto que o problema dos ministros do STF é que eles têm poder demais sem terem legitimidade democrática para isso. Eles podem reinterpretar a Constituição mudando completamente sua aplicação, como já foi feito antes, sem serem escolhidos pelo povo, ou mesmo terem suas decisões reguladas por algum poder cujos membros foram escolhidos pela população brasileira. Não há respeito ao já mencionado preceito segundo o qual a lei emana do povo. Por essa razão, a seguinte proposta terá como objetivo democratizar as nomeações dos ministros do STF, a fim de tornar a tão importante função da Suprema Corte uma função legítima e condizente com os princípios do estado democrático de direito.

Foi escrito no capítulo anterior que um dos maiores problemas do processo atual é a aprovação automática e displicente do Senado com as indicações presidenciais. Isso porque, quando ela ocorre, não há fiscalização do nome indicado pelo presidente, o que anula o mais básico princípio da tripartição dos poderes segundo o qual um poder deve fiscalizar o outro a fim de impedir que uma decisão importante seja tomada somente por um deles. Para impedir, então, que isso continue acontecendo, é necessário dificultar o processo de aprovação de uma indicação. Dificultar o processo de aceitação significa, em primeiro lugar, aumentar o quórum mínimo para a aprovação de um ministro, já que com isso serão necessários mais senadores apoiando a nomeação para validá-la.

Cada senador representa um alto número de eleitores, e por isso é necessário tentar agradar a cada um deles, a fim de agradar, com isso, a parte da população que nele votou. É claro que não se pode exigir unanimidade ou até mesmo algo perto disso para a nomeação de um ministro do Supremo, em razão da falta de funcionalidade disso, mas, quanto maior o quórum mínimo for para realizá-la, maior será atendência de a indicação presidencial ser a correta e representar a vontade geral do país.

Um projeto de lei complementar, por exemplo, deve receber a aprovação da maioria absoluta das duas casas do Congresso antes de ser

encaminhado ao presidente.[158] É então coerente que uma pessoa como um ministro do STF, que irá compor uma corte com o poder de anular qualquer dessas leis complementares, passe por um processo de escolha mais complicado do que o de aprovação delas.

Entretanto, está previsto no parágrafo único do artigo 101 da Constituição que uma indicação do presidente deve ser aprovada somente pela maioria absoluta do Senado.[159]Isso dificulta completamente o enfrentamento do Senado com as indicações presidenciais, já que, hoje, 41 senadores podem manterjuntos a prática do Senado de nunca rejeitar um nome ao cargo de ministro do Supremo. Deve-se frisarque só o bloco de apoio ao governo e o bloco do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) têm juntos 49 senadores ao todo.[160] Eles seriam, portanto, capazes de aprovar qualquer ministro para o Supremo, já que têm mais do que a maioria absoluta do quórum do Senado. Como então realizar algum tipo de fiscalização se os outros 32 senadores tem sua vozes sufocadas diante da base de apoio ao governo unida, que, obviamente, nunca contrariará uma indicação da presidente?

Uma democracia deve ser formada com base no diálogo e no debate, sem que haja monopólio do poder de escolha em algo tão importante como uma nomeação. Por isso cada bloco deve ceder com o objetivo de que seja encontrado um nome com o qual a esmagadora maioria concorde. No cenário atual, entretanto, esses dois blocos nem mesmo precisam se preocupar com o consenso dos outros 32 senadores, por saberem que deles não precisarão.

O ideal para impedir o que está acontecendo é aumentar o mínimo de senadores necessários para a aprovação de uma indicação. É necessário que o quórum mínimo seja maior do que três quintos, já que três quintos é o necessário para se aprovar uma PEC,[161] uma vez que o novo ministro poderá, com seus colegas, mudar a leitura da restiva emenda constitucional, e com isso

---

[158] CF, art. 69.

[159] Lê-se no trecho constitucional citado: "Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal".

[160]Ver divisão dos blocos internos do Senado em: http://www.senado.gov.br/senadores/liderancas.asp

[161] CF, art. 60, § 2º.

sua aplicação, por meio da introdução de uma nova interpretação do indeterminado texto normativo. Isso torna sua escolha infinitamente mais importante do que a aprovação de uma emenda à constituição.

Percebe-se, com isso, ser necessária uma mudança do quorum de aprovação senatorial para ministro do Supremo da atual maioria absoluta para dois terços. Isso seria suficiente para evitar que blocos isolados no Senado neutralizem outros, além de permitir que a oposição ao presidente unida consiga derrubar uma indicação que é para ela inadequada. Essa mudança também preservaria a coerência necessária ao ordenamento jurídico, já que a nomeação do ministro deve ter mais apoio do que uma aprovação de uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) ou de uma lei complementar, por ser mais importante que ambas.

Nessa proposta, os dois terços são, evidentemente, um exemplo de mudança, que pode ou não ser respeitada. O que não pode deixar de ser seguida é a proposta de tornar o quórum mínimo para a aprovação da indicação presidencial maior do que o da PEC, tendo em vista que o ministro poderá ter papel fundamental na aplicação dela.

Nesse contexto, se a escolha de ministro continuar sendo responsabilidade quase que única do presidente, haverá a chance considerável de as nomeações serem inadequadas, guiadas pelo interesse pessoal do presidente em nomear ministros que defenderão suas opiniões na Suprema Corte. Entretanto, se o quórum mínimo de fato aumentar, a oposição terá força para exigir boas nomeações ao tribunal. Nomeações que seguirão as exigências do presidente e do Congresso, ou seja, dos representantes do povo brasileiro.

Entre 2014 e 2018, por exemplo,o presidente nomeará cinco ministros à Suprema Corte, ou seja, quase metade dela, em menos de quatro anos.[162]Se esses cinco novos ministros forem vinculados ao novo presidente de alguma forma, eles tomarão sempre decisões semelhantes e condizentes com a vontade presidencial. Isso significaria que o presidente teria, em todos os

[162]Essas cinco nomeações ocorrerão em razão da aposentadoria compulsória dos ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Rosa Weber, Teori Zavascki e Ricardo Lewandowski. Ver respectivos currículos vitae dos ministros em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao.

julgamentos, cinco ministros do seu lado, o que daria a ele uma ampla vantagem nas decisões do STF, que são, como foi exposto, importantíssimas. Como então não fiscalizar suas indicações, a fim de impedir que ele nomeie companheiros políticos e ideológicos que votarão todos juntos para a aprovação das posições dele próprio? Hoje, essa pergunta é ignorada e posta de lado, uma vez que, como foi escrito, os blocos de apoio ao governo aprovam sem maiores problemas a indicação presidencial de um ministro, o que dá ao presidente o controle da mais alta corte do Poder Judiciário brasileiro.

Outra mudança imprescindível é a inclusão da Câmara dos Deputados no processo de aprovação da indicação presidencial. Todas as leis promulgadas no país passam, necessariamente, pela votação da Câmara, e por isso é de imensurável importância que a indicação dos juízestambémo faça, até porque o Parlamento brasileiro é formado com a Câmara ao lado do Senado, e não separada e abaixo dele.[163]

Não batasse, sabe-se que, no bicameralismo federativo brasileiro, a Câmara dos Deputados é composta pelos represenantes do povo, enquanto o Senado Federal representa os Estados-Membros e o Distrito Federal.[164]-[165] Note-se, então, que a presença da Câmara dos Deputados no processo de escolha dos ministros do STF fará com que a vontade do povo esteja presente na nomeação. Excluir a Câmara do processo de aceitação da indicação de ministro é também uma escolha que, além de ser incoerente, reduz o número de representantes democraticamente eleitos pelo povo responsáveis pela aprovação da indicação presidencial, o que torna o processo, logicamente, menos participativo e menos democrático.

O quórum mínimo para a Câmara poderia ser também de dois terços já que, em geral, os quóruns das duas casas são os mesmos. Além disso, usando o mesmo raciocínio do Senado para a Câmara, dois terços também seriam um

---

[163] A Constituição Federal determina no artigo 44 que: "O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal".

[164] LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11ª ed. São Paulo: Método, 2007, p. 328.

[165] MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 390.

quórum mínimo satisfatório para a aprovação de um ministro. Isso tomando como base a quantidade de deputados necessária para a aprovação de uma PEC.

Essa maior participação do Congresso na nomeação é necessária para dificultar a entrada de qualquer um no Supremo, além de aumentar o debate em torno dos nomes propostos, o que enriqueceria o processo de aprovação e diminuiria as chances de uma escolha equivocada.

Dessa forma, impõe-se observar que as mudanças no processo de escolha dos ministros são mudanças estruturais, por modificarem a forma segundo a qual um ministro é escolhido. Essas mudanças têm como objetivo, como foi anteriormente escrito, a legitimação democrática da função exercida pelo STF. Com elas, os ministros terão a aprovação declarada de uma extensa parte do Congresso e do presidente brasileiro, podendo portanto atuar com a legitimidade que o estado democrático exige para existir.

5 Considerações Finais

Ante o exposto, não se pode ignorar tudo o que foi mostrado nos capítulos anteriores do texto. O processo de escolha atual dos ministros do Supremo é falho e arriscado, por dar espaço para o abuso de poder do presidente, que nomeia hoje os ministros quase que sozinho. É válida a visão de que o STF tem legitimidade para decidir, porém esse poder de decisão não é condizente como estado brasileiro que preza, em primeiro lugar, pelo poder do povo no governo do Estado. É incoerente impor que o legislador seja eleito se o ministro da Suprema Corte pode ser nomeado sem nenhuma dificuldade pelo presidente e sua base de apoio no Senado. Ministro esse que terá uma posição na legislação do país tão ou mais importante que a do próprio legislador, por definir a interpretação do texto constitucional e poder, com isso,afastar do ordenamento jurídico leis ou atos normativos considerados inconstitucionais, assim como mudar a aplicação deles em defesa da Constituição Federal.

O poder não emana do povo no momento em que as normas do estado brasileiro são postas de acordo com a visão de ministros escolhidos por um processo quase que banalizado de tão simples. Essa é uma falha do sistema brasileiro, que deve ser revista e concertada imediatamente. Foi essa, na

verdade, a abordagem do presente artigo: reparar uma incongruência do ordenamento pretensamente completo do estado brasileiro.

Este trabalho foi escrito há um ano. Seu autor já mudou de posição, com relação ao melhor processo de escolha de ministros para o STF.

Referências Bibliográficas

ANJOS, Margarida; FERREIRA, Marina. *Dicionário Mini-Aurélio*. 6ª edição. Curitiba: Editora Positivo, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gimar. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1ª edição. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013 - (Série IDP).

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. 2ª edição. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

COSTA, João. *Jurisdição Constitucional: Um breve panorama sobre algumas novidades*. Brasília: Senado Federal, 2013.

_____________. *AmicusCuriae e AmicusLegislatoris*. Brasília: Senado Federal, 2013.

GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 2ndpocketedition. Saint Paul (Minnesota): West Group, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. 1ª edição. Porto Alegre: Fabris, 1986.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11ª ed. São Paulo: Método, 2007.

MELLO, Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal Federal*. 3ª edição. Brasília: Editora do Supremo Tribunal Federal, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MONTESQUIEU. *De l'EspritdesLois*.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORTARI, Cezar A. *Introdução à Lógica*. 1ª edição. São Paulo: Editora Unesp, 2001.

PFERSMANN, Otto. *PositivismoJurídico e Justiça Constitucional no Século XXI*. Trad. Alexander Coutinho Pagliarini. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014 – (Série IDP: direito comparado).

ROUSSEAU, J.J. *Du Contrat Social*.

SANTIAGO NINO, Carlos. *Introdução à Análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gaspartotto. 1ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

TROPER, Michel. *Pour une ThéorieJuridique de l'État*.1ª edição. Paris: PressesUniversitaires de France.

_________. *La ThéorieduDroit, leDroit, l'État*. 1ª edição.Paris: PressesUniversitaires de France.

XAVIER, Ronaldo Caldeira. *Português no Direito*. 16ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.